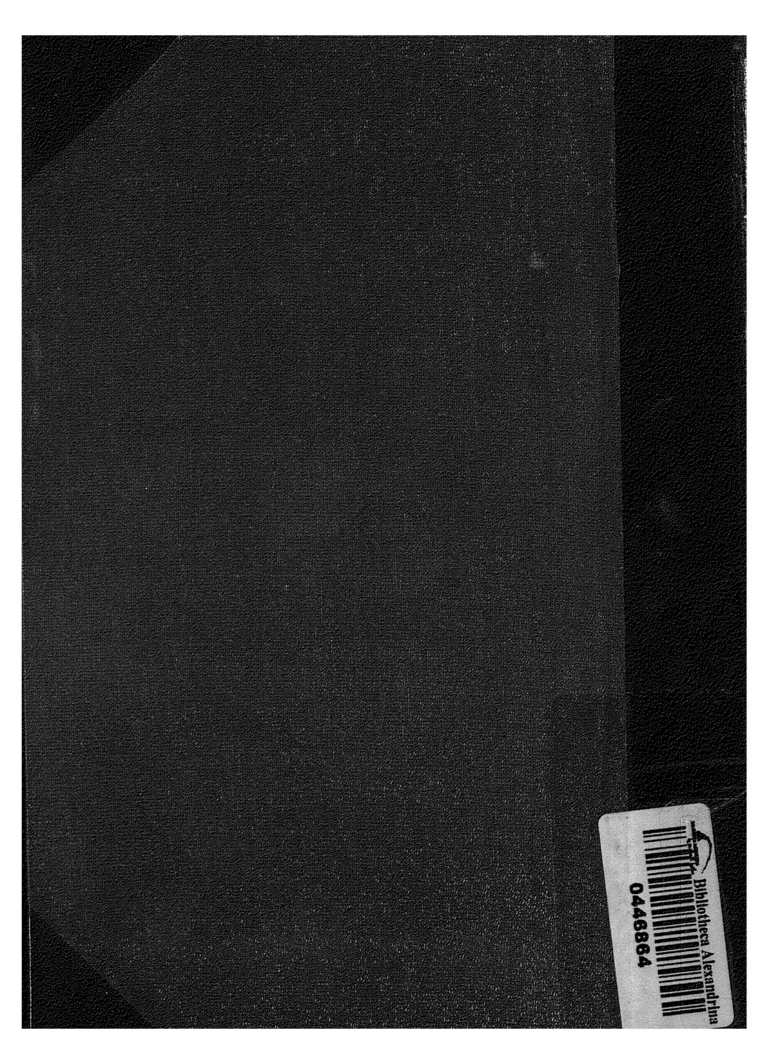
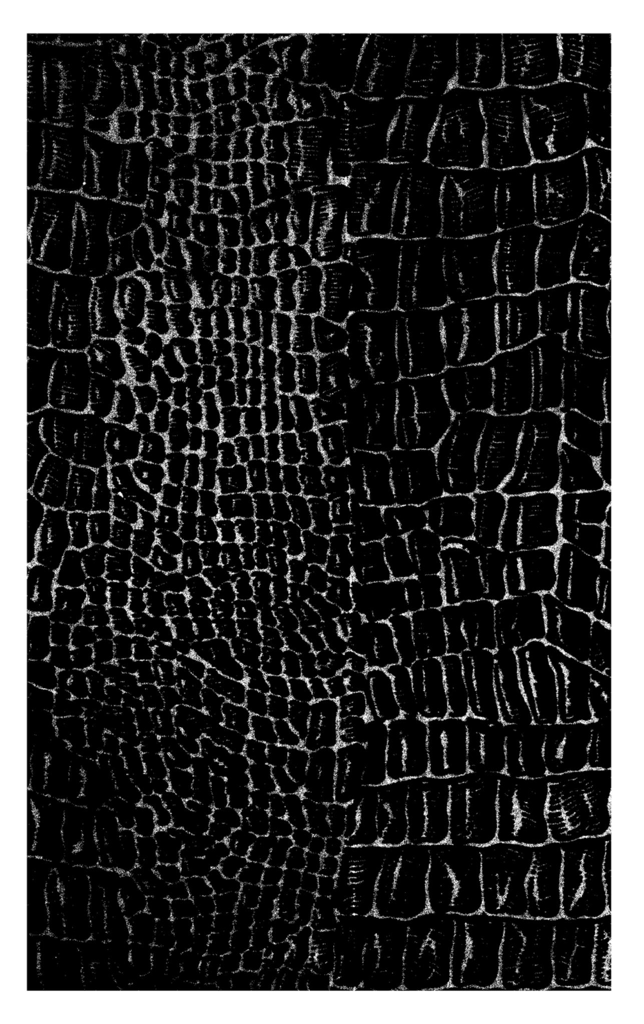
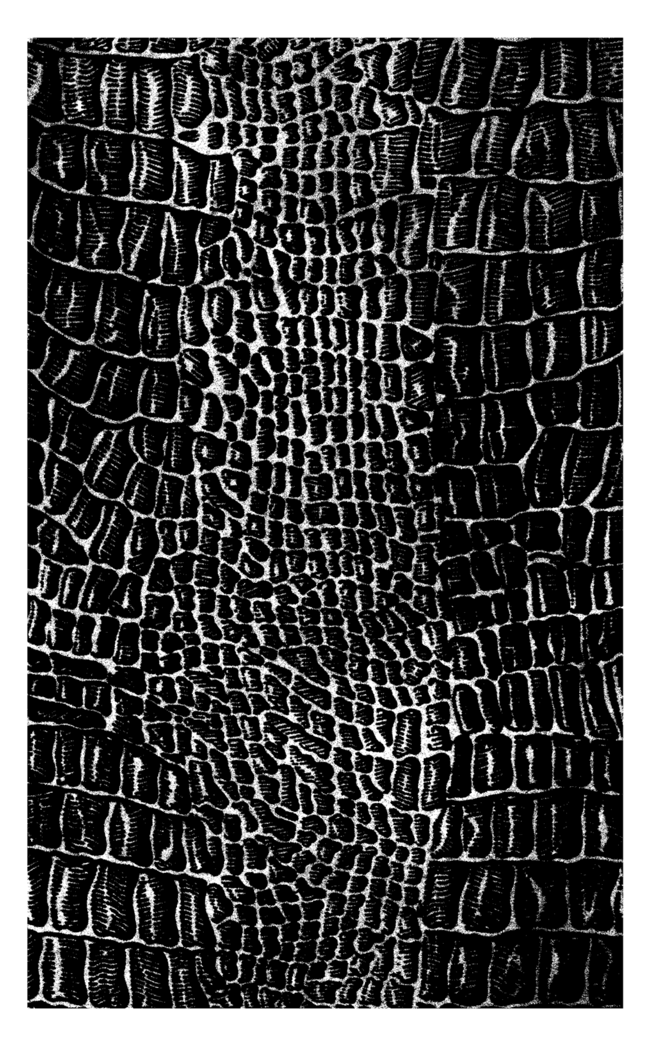






مسئولية الأطباء والجراحين المدنية

في التشريع المصري والقانون المقارن

تأليف

الدكتور حسن زكي الابراشي

سكرتير ديوان جلالة الملك

والمدرس بكلية الحقوق سابقا

القاهرة - دار النشر للجامعات المصرية

١٦ شارع عدلي باشا



إهـــــداء

أبى

طالما شعرت فى قرارة نفسى أن حمل ذلك الإسم المدوى فى حياة مصر ، شرف كبير لا أستحقه إلا إذا أسلفت بيمينى ما يجعلنى جديراً بالانتساب إليه ، و إنى لأرجو أن أكون بما قدمت من باكورة عملى بهذه الرسالة قد أوفيت على الغاية فى أداء بعض حقه على .

لقد عرف الناس عنك الشىء الكثير من حياتك العامة ، فكنت فى تقديسك للحق وتفانيك فى أداء الواجب رمزاً لفكرة سامية وعنواناً لمبدأ جليل ، ولكن تلك الجهود المضنية التى بذلتها ، راضية بها نفسك قريرة بها عينك ، خدمة لمليكك و بلادك ، ما كانت لتحول دون أن تطبع روحك الوثابة أثرها فى ناحية أخرى من حياتك لا يعرف الناس عنها إلا القليل ، فهل تسمح لى ، وأنت فى علياء سمائك أن أخرجها إلى الناس ليروا غرس يديك والروح التى نفثتها فيمن يحمل إسمك .

ها أنذا — فى وسيع أملى فى جانب الله — أستشرف إلى الأمام وروحك الطاهرة تحلق على ، وهى لى بعد روح الله المنار والهادى ، فأ كاد أسمع فى همس الخلود ، صوتك يستحثنى للسير قدماً فى الطريق الذى رسمته أنت والذى أترسمه أنا خدمة للعلم والوطن والملك .

ولعلى أسعد ما أكون إذ أقدم إليك هذه الرسالة مجدداً بها العهد الذى قطعته على نفسى فى أن لا أدخر وسعاً فى تمجيد الاسم الذى تركته لى تراثاً باقياً على الزمن بعون الله .

تصـــدير

بقلم حضرة صاحب العزة الدكتور وديع فرج بك
وكيل كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول سابقاً
والمحامى لدى محكمة النقض والإبرام

ما من أمنية هى فى نفسها أحب إلى قلب الأستاذ الجامعى ، ولا تحقيقها أجلب للرضى إلى نفسه ، من أن يشهد مواطنيه على إثمار جهوده فى المساهمة فى تكوين جيل من الرجال النابهين العاملين على رفع منار العلم فى الفرع الذى وقف عليه وقته وكرس من أجله حياته الجامعية .

وإنى إذ أقدم الدكتور حسن زكى الابراشى بمؤلفه ، فى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ، إلى القراء من رجال القانون والطب معاً ، بل ومن رجال المهن عموماً — فهو يهمهم على حد سواء — لست بقادر على أن أخفى ما يخالجنى من شعور بالفخر بعمله والاعتزاز بجهوده ، لا لأنى كنت المشرف على الرسالة فحسب ، بل لأنه عالج موضوعاً سبق لى أن عنيت ببحثه فقدرت ما يصادفه الباحث فيه من صعاب وعقبات ، واجهها المؤلف بالعزيمة الصادقة والنظرة المحيطة الشاملة والتقدير السليم . ولم يكن شىء من هذا بالجديد على فقد عرفت الكثير منه مذ جمعتنا — كما لا تزال تجمعنا — دوافع البحث العلمى .

ولقد انتهى المؤلف من رسالته إلى تحقيق الغاية من بحثه ، **فأبرز وجود المسئولية المهنية رغم عموم النصوص فى باب المسئولية** ، وأثبت أن القاعدة الاجتماعية تسير باطراد نحو رسوخ الفكرة المهنية ، وأنه لم يعد هناك نوع واحد من المسئولية بل عدة أنواع تبينها وتحدد مداها طبيعة المهنة التى يزاولها الشخص ومدى الالتزامات الخاصة التى تفرضها عليه ، وأن الكائن الاجتماعى الذى ينظم

القانون أحواله لم يبق ذلك الشخص المجرد الذى صاغه القانون المدنى فى قالب واحد ، بل أصبح ذلك الشخص الذى يزاول مهنة أو يؤدى وظيفة .

وقد كابد المؤلف لبلوغ غايته هذه من المشاق مالا سبيل إلى إدراكه إلا بتقصى مؤلفه كله ، وحسبي هنا لتكوين فكرة عن دقة موضوعه وتشعب بحوثه أن أشير إلى بعض الموضوعات التى اضطره البحث إلى خوضها .

دعا المؤلف داعى البحث فى طبيعة المسئولية الطبية إلى التعرض لتقسيم المسئولية المدنية إلى مسئولية عقدية ومسئولية فعلية أو تقصيرية و إلى ما يتبع ذلك من البحث فى نظرية الجمع أو الخيرة بين فرعى المسئولية ، ثم دعاه البحث فى ركن الخطأ إلى معالجة موضوع تقسيم الالتزامات إلى التزام بغاية والتزام بوسيلة ، ثم إلى بحث نظرية تدرج الخطأ وصلتها بمعيار الخطأ الطبى و بمدى الالتزام المهنى .

وانتهى فى القسم الأول من مؤلفه إلى دراسة رابطة السببية بين الخطأ والضرر وهى ناحية لها دقتها وخطورتها لأن العوامل التى تؤثر على سير المرض ونتائج العلاج متعددة متشعبة حتى ليصعب تتبع آثار الخطأ الصادر من الطبيب فى سهولة ووضوح .

ولقد خلص المؤلف من كل ما تقدم ، إلى نتائج كانت ثمرات ناضجة لما عاناه من جهود فى بحث مسائل هى فى ذاتها من أدق وأعقد مسائل القانون المدنى، بل إن منها ، كرابطة السببية ، ما لا يزال الفقه حائراً فى شأنه .

أما القسم الثانى من مؤلفه القيم ، فقد خصصه المؤلف للتطبيقات العملية لتلك النظريات التى شرحها فى القسم الأول منه ، ومع أنه اتجه فى بحثها وعرضها اتجاهاً سادته الروح العملية إلا أنه ، شأن كل فقيه جامعى ، لم يستطع مغالبة تلك النزعة العلمية التى تدفعنا دائماً إلى تطلب ما يجب أن يكون غير قانعين بما هو كائن؛ هذه النزعة هى التى أملت عليه ما كتبه فى نقد مبدأ المسئولية عن الضرر الناشىء عن الأشياء الجامدة ، ذلك المبدأ الذى أدخله القانون المدنى الجديد فى تشريعنا دون أن يتنبه ، كما أشار المؤلف ، إلى خطورة تطبيقه على الأطباء ودون أن

يستشعر الحرج فى تقرير قاعدة عامة ، طالما عبرت المحاكم فى فرنسا عما بينها و بين مسئولية الأطباء من تنافر .

ولقد تناول المؤلف بالشرح الدقيق مسئولية الطبيب من فعل المساعدين وعلاقته بغيره من الأطباء المعالجين وأحكام مسئوليته فى حالة اشتغاله بإحدى المستشفيات وفرق بين المستشفيات الخاصة والمستشفيات العامة من حيث أحكام المسئولية وانتهى فى ذلك إلى رأى خالف به ما اطرد عليه الفقه والقضاء فى مصر بغير استثناء .

ولقد اختتم المؤلف رسالته بدراسة مسئولية الأطباء عن إفشاء سر المهنة و بين الأحوال التى تبرر لهم الإفشاء ، فسد بذلك نقصاً فى فقهنا المصرى من هذه الناحية .

بعد هذا العرض الوجيز لموضوعات البحث ، ما أظننا فى حاجة إلى القول بأن المؤلف قد تناول فى كتابه موضوع المسئولية المدنية ذاتها فى أدق نواحيها ملتزما فى دراستها تطبيقها على النشاط المهنى لطائفة الأطباء والجراحين ، فأصبح مؤلفه بذلك مرجعاً من مراجع المسئولية المدنية عموماً ، فضلا عن كونه أول مؤلف جامع عندنا لأحكام المسئولية الطبية .

ولقد كان للشريعة الإسلامية جانب من عناية المؤلف ، فاستخلص من كنوزها الدفينة كثيراً من الأحكام التى تعبر عن أحدث ما وصل إليه التطور القانونى حتى فيما قد يظن أن الحديث فيه وعنه أبعد ما يكون عن فكر رجال الفقه الإسلامى كجراحة التجميل والتجارب الطبية ، فعسى أن يكون من ذلك خطوة موفقة تتلوها خطوات للاستفادة من هذا التراث الجليل فتصبح الشريعة الإسلامية بحق ، كما تقرر فى مؤتمر لاهاى للقانون المقارن، مصدراً من مصادر الثقافة العالمية فى القانون.

والكتاب بعد ، غنى بمراجعه الفقهية ، غنى بأحكام القضاء التى بذل المؤلف جهداً موفقاً فى تحليلها بأمانة ودقة ، ملتزماً فى كل هذا الدراسة المقارنة وهو غنى أيضاً بالآراء الشخصية التى إن خالفناه أحياناً فى بعضها ، لا ننكر عليه فيها روح الابتكار والاجتهاد المثمر فى التخريج والتدليل .

وإني إذ أختتم كلمتي هذه في تقديم الدكتور حسن زكي الابراشي بمؤلفه، أرجو أن تكون رسالته حلقة في سلسلة الرسائل التي تعنى بدراسة الموضوعات الشائكة التي لم يتبلور البحث فيها إلى نتائج توقفنا على غاية أو تدنينا من نهاية .

جهد مشكور موفق بكل التوفيق .

وديع فرج

مقدمة

قضية المسئولية ، كما يقول جوسران ، فى طريقها أن تكون نقطة الارتكاز من القانون المدنى ، بل من القانون بأسره ، فالى ما تقضى به المرجع فى كل أمر ، كما ترد إليها جميع الاتجاهات سواء أكان ذلك فى القانون العام أم فى القانون الخاص ، وسواء أكان ذلك فى دائرة الأشخاص أم فى دائرة الأموال ، حتى ليحق لنا أن نقول ، إنها باتت مركز الحساسية من جميع النظم القانونية [1] .

بهذه الكلمة الموجزة ، عبّر جوسران عما نالته المسئولية من أهمية خاصة ، على النحو الذى أسلفناه ، فكل تطور يصيبها خليق بأن يدرس بما تستحقه المسئولية من عناية ، ذلك أن من الجائز أن يجدّ على ضوء ذلك التطور فكرة جديدة قد يكون لها من بالغ الأثر ما لما سبقها ، وقد يتبلور ذلك النوع الجديد من التفكير ، فيصبح مبدأ قانونياً تكون خاتمة مطافه أن يأخذ صبغة التشريع .

وأهم ظاهرة فى تطور الفكر القانونى فى العصر الحاضر ، هى أن المساواة المدنية أمام القانون ، كأساس للمعاملات ، أصبحت الآن فكرة مهجورة ، إذ المساواة المدنية توأم المساواة السياسية التى خلقتها الثورة الفرنسية بإعلانها لحقوق الإنسان . والقانون المدنى الذى قرر المساواة المدنية هو من وحى تلك الثورة [2] .

ولقد ظلت الديموقراطية حريصة على مبدأ المساواة ما كانت شاعرة

---

(1) Josserand — Préface à l'ouvrage de M. André Brun. Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, p. 5.

(2) René Martin — La faute professionnelle spécialement dans les professions libérales, p. 3. (thèse, Lyon 1934).

بأنه مهدد من جانب الطوائف التى كانت ممتازة ، فما أن تبدد خوفها حتى زال حرصها عليه ؛ ذلك أن نصاً واحداً مجرداً وعام التطبيق ، لا يكفل إلا حماية متواضعة للمصالح المختلفة ، ومن ثم تعالت أصوات الطوائف كل يطالب بحماية مصالحه على وجه أكمل[١] وما فتىء هذا التعارض ، بين حكم القانون وبين الحماية التى ينشدها أرباب الطوائف والمهن ، أن زال بما صدر من تشريعات خاصة وبما بذله رجال الفقه من مجهود فى هذا السبيل .

فلا غرو إن رأينا بعض القوانين الحديثة لم يشرع لجميع مواطنى الدولة ، أو القاطنين فى أرضها ، وإنما شرع لجماعة من الأفراد تربطهم المهنة التى يزاولونها . وإذا كان القانون المدنى يمنح الجميع الحق فى التمتع بالحقوق المدنية ، ولا يقر أى تمييز بين الأفراد والطبقات ، فإن القوانين الحديثة تقر ببساطة عدم المساواة بين الأفراد فى التمتع ببعض الحقوق ، وبإمكان أن يتوجه الخطاب من الشارع فى أمر معين إلى طائفة معينة من أفراد المجتمع ، وبذلك تصدع مبدأ المساواة الذى كان عماد التشريع المدنى وقت وضعه[٢] .

والقانون المدنى حتى فى تعديله الأخير لم يحو إلا نصوصاً قليلة مبينة حقوق الأفراد وواجباتهم بحسب المهنة التى يزاولونها ، بل أكثر من ذلك ، أن القانون التجارى نفسه ، وقد كان المفروض فيه أن يعمد إلى هذا التخصيص فى بيان حقوق التجار وواجباتهم ، اقتصر على تحديد الأعمال التجارية وتفادى تعريف التاجر ، ومع هذا فإن النزعة إلى التنظيم النقابى أدت بغير شك إلى تجمع أفراد المهنة الواحدة تحت لواء واحد حتى أصبحت مهنة الشخص تقرن باسمه كعنوان لشخصيته .

وما من شك فى أن التنظيم النقابى ليس تقسيما للأفراد من وجهة القانون الخاص ، إذ مجرد قيد اسم الشخص فى إحدى النقابات لا يقوم دليلا على

---

(١) Ripert — Le régime démocratique et le droit civil moderne, p. 198.

(٢) Ebauche d'un droit civil professionnel, par G. Ripert, No. 1.

مهنته إذا أثير حولها الشك فى نزاع قضائى ، وليس تقسيم الأشخاص بحسب مهنتهم موضع صعوبة ، إنما الصعوبة فى تحديد أثر المهنة على مراكزهم من وجهة القانون الخاص ، وهى ناحية من الدراسة أحجم الفقهاء عن طرقها لتقديسهم مبدأ الحرية المدنية ، فهم يخشون القول بأن تطبيق القواعد القانونية منوط بالمهنة التى يزاولها الشخص ، والقانون التجارى نفسه اجتهد فى أن يسدل النقاب على شخصية التاجر ليحمل على الظن بأن القانون مهتم بالأعمال لا بالأشخاص .

أما الآن فقد أصبح تجاهل هذه الحقيقة أمراً غير ممكن لأن التميز بين الأفراد بحسب مهنهم ضرورة حتمية لا يمكن إغفالها وسوف لا يلبث القانون أن يجد نفسه مجبراً على الاستجابة لندائها . وهكذا أصبحت فكرة نشوء الحق واستعماله وانتهائه مقرونة بشخص صاحب الحق نفسه . فالأشخاص المجردون فى القانون المدنى كالمالك والدائن والمدين يجب أن يسبغوا على أنفسهم رداء المهنة التى يزاولونها فتتحدد حقوقهم ومدى مسئوليتهم عن نشاطهم(١) .

والقانون وإن كان لم يفرق بين الأشخاص المسئولين عن خطئهم معتبراً أن الأخطاء متكافئة من حيث المسئولية التقصيرية ، فوضع قاعدة عامة لسلوك الأشخاص وما يجب أن يدفعوه من تعويض ، إن كان قد فعل ذلك فلغة الفقهاء والمحاكم — من ناحية أخرى — توحى بوجود فكرة الخطأ المهنى (٢) .

والواقع أيضاً أن الشارع أقر مبدأ أخطار المهنة بالنسبة لبعض الصناعات

---

(١) ريبير المرجع السابق بند ١ و ٢ و ٣ ، مارتان المرجع السابق ص ٣ .

Emile Arrichi, De Casanova.— La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité civile, Thèse, N. 8, p. 18.

(٢) بلانيول ريبير إسمان — شرح القانون المدنى ج ٦ بند ٥٢٣ .

وكان المقصود هو تحميل رب العمل عبء التعويض الجزافى عن الأضرار الناشئة عن الحوادث التى تحصل أثناء العمل . وقد حاول البعض أن يبنى على فكرة أخطار الحرفة نظرية تحمل التبعة ، ولما لم يكونوا على استعداد لقبول قواعد خاصة بالنسبة لبعض المهن ، فقد أرادوا أن يصوغوا مبدأ عاماً تكون القواعد المهنية تطبيقاً له .

وكل ما يشوب المسئولية المدنية من أفكار متضاربة وما يتنازعها من اتجاهات مختلفة ، مرجعه إلى هذه الشكوك التى ساورت رجال الفقه من حيث إمكان تطبيق قاعدة الخطأ بصفة مطلقة ، فالبعض بأخذهم بالقاعدة القديمة على إطلاقها يرون أنفسهم مضطرين إلى إقرار المسئولية المهنية ، والبعض الآخر يريدون أن يفرضوا على الجميع قاعدة المسئولية المبنية على تحمل التبعة ، مع أن مدى تطبيقها يجب أن يكون قاصراً على بعض أرباب المهن [1] .

فمزاولة أى مهنة تفرض على صاحبها نشاطاً منتجاً لنفسه وأحياناً ضاراً بغيره ؛ ومع ذلك يجب السماح به فى بعض الأحوال رغم ما قد يترتب عليه من أخطار . فالطبيب الذى يجرب علاجاً جديداً لإنقاذ مريض استعصت حالته على الأصول الطبية المعروفة ، يجب أن يبقى بمأمن من المسئولية وإلا قضينا على روح الابتكار فى الطب ، تلك الروح التى أسدت للإنسانية أجل الخدمات .

وأحياناً يتحتم أن يلزم الشخص بالتعويض لأن نشاطه ينطوى على أضرار جسيمة بالغير ، كصاحب المصنع الذى يقلق راحة الجيران ، ومن ثم فلا يمكن معاملة رجل المهنة كأى رجل عادى . والمحاكم عند ما تريد إعفاءه من المسئولية تقول إنه غير مسئول إلا عن خطئه الجسيم ، وعند ما تريد تحميله بكل الأضرار الناشئة عن نشاطه تقول إنه مسئول عن

---

(١) ريبير المرجع السابق بند ١٤ .

خطئه ولو كان تافهاً ، وأحياناً تفرض عليه التزامات خاصة ، وليس الأمر متعلقاً فى الواقع بتدرج الخطأ ، وإنما يتعلق بمعرفة ما إذا كان هناك نشاط غير مشروع أم لا ، وهى ناحية لايمكن تقديرها إلا ببحث القواعد المهنية وفى أغلب الأحيان لا يستطيع القاضى أن يعرفها إلا بالاستعانة بأهل الخبرة من ذوى الكفاية فى المهنة التى يتعلق بها النزاع .

وبحث كهذا يفترض قيام المضرور باثبات الخطأ ، ولتخفيف عبء هذا الإثبات عليه طبقت المحاكم فكرة المسئولية التعاقدية بالنسبة لحوادث الأشخاص ، وكما رتبت التعويض على نفس العقد افترضت أنه يحمل اشتراطاً لمصلحة أقارب من أصابه الضرر لكى يتمتعوا هم أيضاً بالإعفاء من عبء الإثبات[1]. على أن المحاكم عندما أرادت بيان العقود التى تحوى الالتزام بالسلامة لم تضع معياراً واضحاً ، إذ لم يكن بحثها يدور على تحليل العقد توصلا للكشف عن هذا الالتزام بل على تحليل مركز المتعاقدين وتحرى وجه المصلحة فى تحميل أى منهما عبء الإثبات من الناحية الاجتماعية . فقضت مثلا بأن عقد النقل الجوى يحوى الالتزام بالسلامة ، وجعلت متولى الألعاب فى الملاهى مسئولا عن سلامة من يأتون للهو فى ملعبه قاصدة من ذلك إعفاء الجانب الضعيف من عبء الإثبات . وقد قيل إنه من أجل ذلك السبب صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية باعتبار مسئولية الطبيب عقدية حتى توفر على المريض عبء إثبات خطأ الطبيب[2].

ولقد ردد جوسران صدى صوت الحوادث والاتجاه الجديد للفقه والتشريع إذ قال ، بعد أن قرر أن قانون نابليون قد حقق وحدة التشريع

---

(١) نقض مدنى فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٢ ، ٢٤ مارس سنة ١٩٣٣ دالوز ٣٣ — ١ — ١٤٠ وتعليق جوسران . نقض ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ دالوز ١٩٣٣ — ١ — ١٤٠ ، نقض ١٩٣٣/٦/١٩ دالوز الأسبوعى ١٩٣٣ — ٤٢٩ .

(٢) نقض ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ — ريبير المرجع السابق بند ١٦ ص ٦٨٩ وسنعود إلى مناقشة هذه المسألة فى القسم الأول من الرسالة .

فى فرنسا وقضى على التفاوت بين الطبقات ما خلاصته أن التاريخ يعيد نفسه وبدأ التشريع يبتعد شيئاً فشيئاً عن المبادىء التى أقرها ليقرر وضعاً جديداً بل ليعيدنا إلى ماض سحيق ظننا أننا تحررنا منه إلى غير رجعة ، فظهرت فى الأفق أفكار جديدة ، كرد فعل لما استحدثته الثورة من توحيد فى التشريع ، تنادى بإنشاء تشريعات خاصة للطبقات ، أو بتعبير أدق بوضع قانون مهنى ، فأصبح المركز القانونى للشخص يتحدد لا بالنظر إليه مجرداً بل بالنظر إلى طبقته فى الجماعة أو المهنة التى يزاولها فهذه الصفة وحدها هى التى تحدد مدى حقوقه والتزاماته [١].

وهذا ما حدا ببعض الفقهاء فى فرنسا لأن يقولوا بوضع قانون مدنى مهنى تعالج فيه مسئولية أرباب المهن بحسب الطبيعة الخاصة لالتزاماتهم ، فهناك احتياطات يغتفر للرجل العادى أن يغفلها ، فإن لم يراعها رجل المهنة عُدّ ذلك منه إغفالا أكيداً لواجباته وخطأ محققاً من جانبه [٢]. وليس فى ذلك ما يثير الدهشة إذ من الطبيعى أن ننتظر من رجل المهنة أكثر مما ننتظر من الرجل العادى ، ولقد قال ريبير بحق : إن اعتبار المسئولية المهنية إن هو إلا انتصار للفكرة الخلقية والتنظيم الفنى للمسئولية على أساس خلقى [٣].

ولقد كان دور القضاء فى نظرية المسئولية كبيراً وخطيراً إذ لم تقتصر مهمته على تفسير النصوص بل تعدته إلى الإنشاء الحقيق ، ذلك أن النصوص القانونية كانت من الضآلة بحيث لم تكن لتسد الحاجة لو لم يتوسع القضاء

---

(١) Josserand — Sur la reconstitution d'un droit de classe, D. H. 1937, p. 1 et 2.

(٢) يقول مارتان فى المرجع السابق ص ٣ : إن المسئولية الفنية تختلف عن المسئولية عموماً من حيث إن الأخطاء الفنية يجب أن يكون الجزاء عليها أشد لأن رجل المهنة عليه التزامات خاصة قبل حريفه .

(٣) ريبير القاعدة الخلقية فى الالتزامات بند ١٢٤ و ١٣٢ .

فى فهمها ولو لم يحل محل المشرع فى سد النقص الذى يتخلل ثناياها [١] .

ولقد راعت المحاكم أن تكون نظرية المسئولية من المرونة بحيث تحقق العدالة على الوجه الأكمل فحققت بذلك ما سماه أحد فقهاء البلجيك « العدالة الحقة » [٢] .

وليس المراد بالعدالة الحقة هنا ما يهتدى إليه القاضى فى خصوصيات الدعاوى بظروفها من وجه الحكم بضميره وشعوره وتقديره بروح العدل والإنصاف التى فطر الإنسان عليها ، ، بل المراد بها المبادىء الأساسية التى تحكم سلوك الأفراد والتى لها إلى حد ما صفة الثبات والاستمرار ، وهى مبادىء مستنبطة من فقه القانون وأصوله فقوتها مستمدة من الضمير الجماعى [٣] .

بهذا نظمت المسئولية على وجه أكثر تمشياً مع حالة الجماعة ، أعنى أنه لم يعد الفرد هو الذى يعترف له بالحقوق فحسب بل مجموعات الأفراد كذلك الذين تباينت مراكزهم الاجتماعية .

ويقول جوسران [٤] إن المسئولية لم تعد فكرة مجردة ، فلئن كان القانون الوضعى قد قدس مبدأ المساواة الذى تمخضت عنه الثورة الفرنسية فان القضاء راعى أن المساواة الفعلية لا تفترض أن يخول الجميع نفس الحقوق فحسب بل أن يمكنوا من استعمالها على الوجه نفسه وإلا كان هناك تناقض بيّن بين المساواة القانونية والمساواة الاجتماعية ، ومن أجل ذلك نجده قد مال باستمرار إلى خلق مراكز فردية خرجت بالقانون عن مبدأ

---

(١) مارتان المرجع السابق ص ٢٧ .

(٢) De Page — Le gouvernement des juges, p. 147 et s.

(٣) حامد باشا فهمى والدكتور محمد حامد فهمى — النقض فى المواد المدنية والتجارية ص ٩٨ .

(٤) Josserand — Les transports, 2me éd., No. 847, p. 877.

المساواة القانونية ليحقق ميزات لصالح من جردوا من سلاح الكفاح فى الحياة لأداء مهمتهم الانسانية فأصبح القانون ، بفضل القضاء ، يقيم وزناً للاعتبار الشخصى شأنه فى ذلك شأن قانون العقوبات تماماً ، وبذلك حقق حماية الضعفاء [١] .

ولم تعد المسئولية — بدخول الاعتبار المهنى فيها — نوعا واحداً ، بل أصبحت أنواعا من المسئوليات متعددة ، فالصيارفة والموثقون ينالون جزاءاً شديداً على أخطائهم بينما ضاق نطاق الخطأ بالنسبة للأطباء ، فكان قسطهم مما عسى أن يتعرضوا له من المسئولية أخف من نصيب غيرهم ، إذ المفروض أنهم أصحاب ضمائر حية ، وأن نشاطهم يجب ألا تقام فى سبيله العراقيل [٢].

لم يعد خافياً ، بعد الذى أسلفنا ، المركز الممتاز الذى شغلته قواعد المسئولية من القانون المدنى ، لهذا آثرت أن يكون موضوع مسئولية الأطباء والجراحين المدنيه عنواناً لهذه الرسالة ، ففضلا عن أن المسئولية عموماً تعتبر الجزء الحى من القانون المدنى ، فإن الفكرة المهنية — وهى فكرة لها طلاوتها ولها جدتها رغم أن تأثيرها على القواعد المدنية كان قديماً — قد أخرجت المسئولية الطبية عن التطبيق الطبيعى لقواعد المسئولية عموماً .

حقاً إن المشرع لم يتعرض للمسئولية الطبية بنصوص خاصة ومن ثم قد يعترض بأن الفن التشريعى لا يسمح بالتفرقة بينها وبين الأحوال الأخرى للمسئولية . ولكنه لا يخفى أن تطبيق القواعد العامة بطريقة مجردة ودون نظر إلى الطبيعة الخاصة التى تصطبغ بها التزامات الطبيب إنما يوقعنا فى محظور ، هو تنازع القانون مع الواقع ، وهو ما يجب البعد عنه لما فى تحقيقه من أضرار قد تؤدى إلى هزات عنيفة تزلزل أركان البناء القانونى الموجود .

(١) مارتان المرجع السابق ص ٢٩ .

(٢) ريبير المرجع السابق بند ٢٢٨ .

فلا مفر إذن من أن نلاحظ أن القانون ظاهرة اجتماعية ، وما النصوص إلا الوسيلة لتنفيذ الأغراض التى ينشدها النظام القانونى والتى يسير المشرع إلى تحقيقها ، فعلى من يفسر النصوص أن يتبع ما سماه جينى بالبحث العلمى الحر [١] ، والذى يلخص فى وزن المصالح فى كل مسألة مع مراعاة مصلحة الجماعة واعتبار جميع العوامل الاقتصادية والأدبية التى تحيط بها ، وبذلك يمكنه الوصول إلى حل يحقق العدالة بين الجميع . فالقانون لا يمكن أن يفسر تفسيراً مجرداً ولا يمكن أن يكون منطقياً بحتاً لأن حياة الجماعة ، وهو فى الواقع مرآة لها ، ليست بسيطة ومنطقية ، بل بالعكس مركبة ومملوءة بالمتناقضات . فلا بد إذن من وسيلة فنية تضمن التوفيق بين الوقائع التى تحدث فى الجماعة وبين النصوص ، وبعبارة أخرى يجب التغلب على ما سماه كومت [٢] الصعوبة الكبرى فى التوفيق بين النظام [٣] والحركة [٤] . يجب على من يشرف على تطبيق القانون وتفسيره ألا يطرح الضرورات الاجتماعية جانباً، بل عليه أن يفسر القانون على هدى هذه الضرورات ومن هنا نشأ التطور الكبير الذى لازم فقه القانون . ذلك أن الحياة الاجتماعية فى العصر الحاضر اكتنفتها تغييرات واسعة النطاق شملت نواحى متعددة من نواحى الحياة ، لذلك كان لا مناص من أن تحدث أثرها فى التفكير القانونى وأن تجبر الرؤوس القانونية الكبرى على البحث عما يلزم اتباعه ضماناً للعدالة بين الناس التى هى أساس لكل تقدم ورخاء واطمئنان .

وأهم ظاهرة لهذا التطور كما رأينا أن المركز القانونى للشخص بات يتحدد لا بالنظر إليه مجرداً ، بل بالنظر إلى المهنة التى يزاولها . وإذا كانت الحوادث قد أبرزت هذه الظاهرة فى العالم القانونى فإن الفقه والقضاء قد استجابا لنداء الحوادث بتطبيق ضوابط [٥] ضمنت لهما مسايرة الاتجاه

---

(١) La libre recherche scientifique (٢) Comte (٣) L'ordre
(٤) Mouvement. (٥) Standards

العام (١) والأفكار التى ينشدها القانون والتى تطلبها الحياة الاجتماعية .

وعلى ذلك فنحن نميز فى دائرة بحثنا بين موضوعين كل منهما متصل بالآخر ، تفسير النصوص التى تخضع لها المسئولية الطبية لبيان طبيعتها وتعرف أركانها من ناحية ، وما يعلو على تلك النصوص ويفتح الباب للأبحاث العقلية ودراسة الأحداث الاجتماعية دراسة ذاتية للكشف عن مدى المعاملة الخاصة التى يتمتع بها الأطباء فى مسئوليتهم من ناحية أخرى ، وهو ما انتهى بنا إلى تقسيم الموضوع إلى قسمين :—

فى القسم الأول — سندرس طبيعة مسئولية الأطباء وأركانها .

وفى القسم الثانى — سندرس مدى التزامات الطبيب فى المراحل المختلفة التى تمر فيها علاقته بالمريض .

---

(١) Directive

القسم الأول

طبيعـــة المسئولية وأركانها

تنقسم المسئولية بصفة عامة إلى مسئولية عقدية ومسئولية خطئية أو تقصيرية . فإن كان الضرر حادثاً بسبب الإخلال بالتزام سابق ناشىء عن عقد صحيح بين المتسبب فى الضرر والمصاب كان الجزاء بوجه عام خاضعاً للمسئولية التعاقدية . أما إذا انتفت تلك الرابطة العقدية بين المتسبب فى الضرر والمصاب بأن كان كل منهما من الغير بالنسبة للآخر بحيث يكون الضرر قد حدث بسبب الإخلال بذلك الواجب القانونى العام الذى يفرض اليقظة والحذر على كل إنسان فى سلوكه نحو الآخرين ، فقواعد المسئولية التقصيرية هى التى يجب تطبيقها .

هذا التقسيم الثنائى على الرغم مما وجه إليه من نقد دعاة وحدة الخطأ فى كل من المسئوليتين [1] قد احتفظ به أغلب الفقهاء وأقره القضاء .

---

(١) ينادى أنصار هذه النظرية بأن الخطأ فى المسئوليتين طبيعته واحدة وهو لا يعدو أن يكون نوعا من التقصير ولهذا فالمادة ١٥١/١٦٣ م ج/١٣٨٢ وما بعدها تنطبق فى حالة الإخلال بتنفيذ التزام تعاقدى (Lefebvre — De la responsabilité délictuelle et contractuelle, Revue Critique, 1886, p. 485) .

ودعموا نظريتهم أولا : بأن الخطأ هو إخلال بالتزام سابق (بلانيول ج ٢ طبعة ١١ بند ٨٧٦ Traité élémentaire de droit civil) ولا فرق بين الإلتزام التعاقدى والإلتزام القانونى لأن العقود تقوم مقام القانون بين المتعاقدين فلا فرق بين الإخلال بأيهما .

ويشير إسمان الى أن المسئولية العقدية هى فى الواقع مسئولية قانونية لأنها تنشأ عن الإخلال بالتزام قانونى هو الإلتزام بتنفيذ التعهدات التى أنشأها العقد ، ذلك لأن العقد إذا كان ينشىء بعض الالتزامات فإن الذى يجبر الطرفين على احترامها هو القانون الذى اعتبر العقد شريعة المتعاقدين (Esmein — Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle, Rev. trimestrielle de droit civ., 1933, p. 638 et s. No. 5) .

ثانياً : المسئولية التعاقدية يجب ألا تختلط بالالتزام التعاقدى فى ذاته فهى لا ترجع إلى العقد وإنما ترجع إلى المادة ١٥١/١٦٣ م ج/١٣٨٢ . فبتفسير المادة ١٣٠٢ قرروا أنها =

وبيّن أن ازدواج المسئولية ليس مبنياً على اختلاف فى جوهر الخطأ فى كل منهما [١] ، فالخطأ فى الحالتين هو إخلال بالتزام سابق [٢] ، ولكن

= تضع قاعدة عامة وهى أن الالتزام ينقضى بعـدم تنفيذه ليحل محله الالتزام بالتعويض وهو التزام مستقل عن الأول (Grandmoulin — Livre II, De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles, thèse Rennes, 1892, p. 7 et s.) .

ولقد انتقد ديموج بحق هذه الحجة إذ أبان أن المـادة ١٣٠٢ م التى تقرر انقضاء الالتزام قررته فى حالة خاصة هى حالة تلف الشىء بغير إهمال من المدين (ديموج — شرح الالتزامات ج ٥ نبذة ١٢٣٢) .

حقاً إن الالتزام بالتعويض يخالف الالتزام الأصلى من حيث المصدر ولـكن الرابطة بينهمـا واضحة بحيث يمكن تشبيه هذه الحالة بحالة التجديد ، وإنه لإنـكار لهذه الرابطة أن نطبق المادة ١٥١/١٦٣ م ج/١٣٨٢ وما بعدها فى المسئولية عن تنفيذ الالتزامات العقدية بل إن تشبيه إحدى المسئوليتين بالأخرى من جميع النواحى أمر يأباه الواقع .

(Josserand — Cours de droit civil français, t. 2, 3me éd., No. 484 et s. A. Brun — Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, thèse 1931, No. 89 et s. Van Ryn — Responsabilité acquilienne et contrats en droit positif, thèse, Bruxelles, 1933, No. 7 et 8).

(١) بران المرجع السابق ص ٢٨٢ .

(٢) قيل فى التفرقة بين المسئوليتين إن المسئولية العقدية مرجعها إلى دراسة آثار الالتزام أما المسئولية التقصيرية فرجعها إلى دراسة مصادر الالتزام ، ذلك لأن المسئولية العقدية ما هى إلا الجزاء على التزام موجود فهى لا تنشىء أى التزام . أما فى المسئولية التقصيرية فلا رابطة بين المصاب والمتسبب فى الضرر قبل تطبيق قواعد المسئولية ، وإذن فقواعد المسئولية هى التى تنشىء الرابطة القـانونية وبمعنى آخر إن المسئولية التقصيرية كالعقد تمـاماً تعتبر مصدراً للالتزام . (Mazeaud — Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. I, No. 98, 3me éd.) ، هنرى مازو فى المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ ص ٥٥١ ؟؟ بند ٣ ، ولـكن هذه النظرية غير صحيحة من وجهين فليس صواباً أن المسئولية التقصيرية مرجعها إلى دراسة مصادر الالتزام فحسب (مازو ج ١ المرجع السابق بند ٩٩) إذ لا يكفى أن نعرف الشروط التى بمقتضاها يصبح الإنسان مسئولا ، وهى الدراسة المتعلقة بنشوء الالتزام ، بل يجب أن نعرف أثر هذا الالتزام وما عسى أن يلتزم بتعويضـه المتسبب فى الضرر .

ومن جهة أخرى ليس صواباً أن المسئولية العقدية مرجعها إلى دراسة آثار الإلتزام فقط (مازو المرجع السابق ج ١ بند ١٠٠) . يقولون إن المسئولية العقدية تنشأ عن الإخلال =

ليس معنى هذا التشابه أن من لا ينفذ التزاماً عقدياً يخضع للقواعد التى تحكم المسئولية التقصيرية فإن وجود رابطة قانونية سابقة على الفعل الضار بين المتسبب فى الضرر والمجنى عليه من شأنه خلق مركز خاص يبرر إنشاء قواعد مستقلة للمسئولية العقدية [١] ، فلا غرو أن عنى المشرع بتنظيم أحكام كل من هاتين المسئوليتين فرتب على هذا التقسيم آثاراً جمة لأغلبها أهمية كبيرة فيما يتعلق بموضوع المسئولية الطبية التى نحن بصددها فضلا عن أن بعض القواعد الخطيرة التى امتازت بها المسئولية التقصيرية فى التشريع الفرنسى والتى جعلت لهذا التقسيم أهمية خاصة هناك بالنسبة للمسئولية الطبية بدأت تطل برأسها فى مصر عن طريق القانون المدنى الحديث [٢] .

وأول هذه القواعد ما جاء فى المادة ١٧٨ من ذلك القانون حيث نص على أن كل من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب حراستها عناية خاصة يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه .

= بالتزام سابق فهى لا تنشىء أى التزام لأن الالتزام كان موجوداً من قبل ولـكن فاتهم أن يبينوا أن الالتزام الناشىء عن العقد هو بذاته الناشىء عن الاخلال بتنفيذه . والواقع أن العقد اذا كان ينشىء على عاتق المدين التزاماً بالتنفيذ فإن المدين إذا رفض تنفيذ هذا الالتزام نشأ على عاتقه التزام جديد يحل محل الأول وهو الالتزام بالتعويض . وهذان الالتزامان المتعاقبان هما على الأقل من الناحية النظرية كل منهما مستقل عن الآخر . فإذا كان الأول ينشأ عن الإرادة المشتركة فإن الثانى لا علاقة له بها بل يلتزم المدين بالتعويض رغم إرادته . فالمسئولية العقدية إذن كالتقصيرية تماماً كلاهما مصدر للالتزام وكلاهما إخلال بالتزام سابق (هنرى مازو المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ المرجع السابق بند ٣ و ٤ ، بران المرجع السابق بند ٨٥ و ٩٢) .

(١) نقض ف ١١ يناير سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ — ١ — ١٦ ، نقض ف ٦ أبريل سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١١١ ، بران المرجع السابق ص ٢٨٢ ، حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى بند ٤٢٩ (R. Saleilles — Théorie générale de l'obligation (3me éd.) No. 332 et s.) .

(٢) دكتور وديع فرج — مسئولية الأطباء والجراحين المدنية — مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٣٨١ ؛؛ أنظر ص ٣٩٠ .

هذا النص يخلق قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس على خطأ الحارس لأى آلة تتطلب حراستها عناية خاصة كلما أحدثت تلك الآلة ضرراً بالغير ، ولا يمكن للحارس أن يخلص من المسئولية إلا إذا أثبت أن الضرر نشأ عن قوة قاهرة أو حادث فجائى أو عن خطأ المصاب أو خطأ شخص لا يسأل عنه هو . فلو راعينا أن بعض المحاكم الفرنسية طبقت نصاً مقارباً لهذا على المسئولية الطبية [1] فى حالة العلاج بالأشعة أو بالتيارات الكهربائية [2] ، أو بالراديوم بل إنها طبقته حتى فى حالة العلاج بأوكسيد سيانير البوتاس [3] ، وفى حالة ترك قطعة شاش بجسم المريض [4] ، لو راعينا كل هذا للسنا الخطر الشديد الذى يهدد رجال المهنة الطبية من إدخال مثل هذا النص عندنا بدون تحفظ ، لا سيما إذا أصرت محكمة النقض على نظريتها فى إخضاع المسئولية الطبية لقواعد المسئولية التقصيرية [5] .

وقاعدة أخرى نص عليها القانون الحديث يؤدى قبولها إلى اتساع شقة الخلف بين نوعى المسئولية عندنا بالنسبة للمسئولية الطبية هى تلك القاعدة الخاصة بتقادم دعوى التعويض فى المسئولية التقصيرية والتى نصت عليها الفقرة الأولى من المادة ١٧٢ بقولها « تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه » .

ويكفى لبيان أهمية هذا النص فى موضوعنا أن نعلم أنه بمناسبة تطبيق

(١) حقيقة قاوم القضاء الفرنسى هذه الأحكام ولكنه لم يتخلص نهائياً من محاولة تطبيق المادة ١٣٨٤ على الأطباء إلا بعد أن اعتبر مسئوليتهم تعاقدية كما سيجىء .

(٢) مورليه Morlaix فى ١٧ مايو سنة ١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣ — ٢ — ٢٥٧ ، ليون الاستئنافية فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥ — ١ — ٩١٥ .

(٣) ريمس Reims فى ٦ مارس سنة ١٩٣٦ جازيت باليه ١٩٣٦ — ٢ — ٦٧٥ .

(٤) إيتامب Etampes فى ١٦ مايو سنة ١٩٣٣ جازيت باليه ٣٣ — ٢ — ٦٢٠ .

(٥) دكتور وديع فرج المرجع السابق ص ٣٩١ .

المادة ٦٣٨ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسى عدلت محكمة النقض الفرنسية عما اطرد سير القضاء عليه مدة مائة عام من اعتبار المسئولية الطبية مسئولية تقصيرية فقد قضت الدائرة المدنية بتلك المحكمة فى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ بأن مسئولية الأطباء عما يرتكبونه من خطأ فى علاج المرضى الذين اختاروهم هى مسئولية عقدية لا تخضع لقاعدة تقادم الدعوى المدنية والدعوى الجنائية الواردة فى المادة ٦٣٨ من قانون تحقيق الجنايات والتى تسقط بمقتضاها دعوى المسئولية التقصيرية متى كان الخطأ المدنى مكوناً لجريمة جنائية فى نفس الوقت [1] .

وحتى إذا غضضنا النظر عن تلك القواعد التى استحدثها القانون المدنى

---

(١) هذا الحكم أيد وجهة نظر محكمة إكس فى حكمها الصادر فى ١٩٣١/٧/١٦ والحكمان منشوران فى دالوز الدورى ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ . راجع تقرير جوسران ومرافعة ماتر فى نفس القضية .

وانظر فى التفرقة بين المسئوليتين من هذه الناحية : نقض ٢ فبراير ١٩١٠ دالوز ١٩١٠ — ١ — ٧٢ نقض ١٩١٣/٤/٢١ دالوز ١٩١٣ — ١ — ٢٤٩ وتعليق ليون كان وفى سيرى ١٩١٤ — ١ — ٦ بيزانسون ٢٠ مارس ١٩٣٣ دالوز الأسبوعى ١٩٣٣ — ٢٩٢ . نقض ١٩٣٨/١/١٨ سيرى ١٩٣٩ — ١ — ٢٠١ .

عكس نقض بلجيكى أول مارس ١٨٩٤ دالوز ٩٥ — ٢ — ٣٠٦ .

وراجع فى تأييد وجهة نظر محكمة النقض :

Sahut (P.) — Nature juridique de la responsabilité des médecins, thèse, 1937, p. 184. Duflo (G.) — La responsabilité civ. des médecins à la lumière de la jurisprudence récente, thèse, 1937, p. 33 et s. Lacas (M.) — Les obligations du médecin, thèse, 1938, No. 22 & 92. Blanche Rodet. — La responsabilité civ. des médecins et la jurisprudence actuelle, p. 203 et s. A. Breton. — N. sous cass 20. 5. 1936, S. 1937 —1— 321, § 2 C. 1. A. Peytel. — La responsabilité médicale, p. 11. Savatier (R.) — Traité de la responsabilité civ., No. 111. بران المرجع السابق ص ٨٥ .

ومع ذلك رأى بعض الشراح فى فرنسا أن اعتبار المسئولية الطبية عقدية لا يمنع من سريان التقادم الجنائى عليها حتى لا يثار البحث فى المسئولية الجنائية التى أراد القانون أن يسدل عليها الستار . راجع فى ذلك : **Mazen (J.) — Essai sur la responsabilité civile des médecins (thèse, 1934), p. 52 & 53. Falque — La responsabilité du médecin après l'arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 1936, Revue critique, 1937, p. 609 et s. v. p. 633.**

الجديد فإنه يبقى لمعرفة ما إذا كانت المسئولية الطبية عقدية أو تقصيرية بعض الأهمية . ويكفينا لإظهارها أن نتتبع بإيجاز هذه المراحل التى تمر بها دعوى المسئولية غير غافلين عن الدفوع التى قد تعترض سبيلها.

أولا — تحريك دعوى المسئولية :

لتتحرك دعوى المسئولية لا بد أن يثبت خطأ من المسئول ، فهل هو يسأل عن كل خطأ ينسب إليه ؟

قيل إن المسئولية التقصيرية يكفى فيها أتفه أنواع الخطأ ، أما فى المسئولية العقدية فالأصل ألا يسأل المدين إلا عن عناية رب الأسرة المعنى بأمور نفسه طبقاً للمادة ١١٣٧ م ف [١] . ولو أننا أخذنا بهذه النظرية لكان الأطباء أكثر استهدافاً للمسئولية إن اعتبرت مسئوليتهم تقصيرية [٢] . وسنرى على العكس أن المحاكم الفرنسية رغم أنها كانت تعتبر

---

(١) حكمت محكمة النقض الفرنسية فى ١٤ يناير ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ — ١ — ١٦ . بإعفاء بعض الخبراء من المسئولية استناداً إلى أن فعلهم وإن أمكن وصفه بأنه خطأ تقصيرى إلا أنه لا تتوفر فيه درجة الجسامة اللازمة لاعتباره خطأ تعاقدياً موجباً لمسئوليتهم .

راجع: **P. Nègre—La responsabilité civile dans la pratique de la médecine, thèse, 1935, p. 35. Sourdat — Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats, No. 655 & 666. Baudry Lacantinerie et Barde — Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligation, t. IV, No. 268.** ، بران المرجع السابق ص ٢٧ و ٢٨ .

قارن : بلانش روديه المرجع السابق ص ٢٠٠ ؟؟ ، حيث يقول إن الخطأ التقصيرى يقدر بمعيار مجرد والتعاقدى بمعيار شخصى . سافاتييه فى المسئولية المدنية بند ١١١ والأحكام التى يشير إليها .

(٢) سافاتييه المرجع السابق ج ٢ بند ٧٧٥ آخر ص ٣٩١ و ٣٩٢ وبند ٧٩٠ ص ٤٠٩ و **Repertoire pratique Belge (E. Brunet & autres), v. art de guérir, p. 406 No. 48.**

وراجع فى الإشارة إلى أثر تحديد طبيعة المسئولية فى درجة الخطأ الذى يسأل عنه الطبيب س مصر ١٩٤١/١/٢٣ محاماة سنة ٢٢ ص ٢٥٨ رقم ٨٥ .

مسئولية الأطباء تقصيرية فإنها لم تتشدد معهم فى التطبيق وإنما اشترطت الخطأ الجسيم لقيام مسئوليتهم .

على أن هذه النظرية مرفوضة (١) لأنها مبنية على الخلط بين مدى الالتزام ودرجة الخطأ (٢) ، فالخطأ لا تختلف درجاته وإنما الذى يختلف هو مدى الالتزامات التى تقع على عاتق المدين . وأن كل إخلال بتنفيذ الالتزام يعد من قبيل الخطأ مهما كان التقصير تافهاً إذ الوفاء الناقص ليس وفاء بغض النظر عن مقدار النقص (٣) .

وفضلا عن ذلك فإنه لا يوجد فى القانون ما يفيد هذا التمييز لا فى مصر ولا فى فرنسا ، فالمادة ١١٣٧ م التى يستندون إليها لا تضع معياراً للخطأ وإنما تنظم محتويات العقد . ولكن ألا يمكن القول بأن التمييز المقول به يجب أن يبقى لا باسم درجة الخطأ ولكن باسم تحديد مدى الالتزام . فنى المسئولية التقصيرية نفس العناية تتطلب من جميع الأفراد بينما مدى الالتزام التعاقدى يختلف حتما بحسب طبيعة العقود (٤) .

الواقع أن العناية المتطلبة من الأفراد فى علاقاتهم اللاتعاقدية ليست واحدة كما ادعى أنصار النظرية التقليدية بل بالعكس إنها تتأثر بصفة من تسبب فى الضرر ، فالمحاكم تتشدد مع من كان إخلاصهم لمهنتهم محل شك كوكلاء الأعمال أو مع من كانت الثقة التى يضعها فيهم الجمهور توجب عليهم عناية أكبر وحرصاً أشد كالموثقين ، وبالعكس يتمتع البعض بمسئولية

---

(١) بلانيول وريبير المرجع السابق ج ٢ طبعة ٣ بند ٨٨٣ ، ديموج المرجع السابق ج ٣ بند ٢٥٦ ، لاكاس المرجع السابق بند ٢٥ ، بيتل المرجع السابق ص ١٧ ، **Colin et Capitant — Cours élémentaire de droit civil, 7e éd., t. 2, No. 192. Lalou— La responsabilité civile, 1e édition, No. 163.**

(٢) بران المرجع السابق ص ٢٩ بلانيول ريبير المرجع السابق ج ٢ بند ٨٨٤ مازان المرجع السابق ص ٢٠ .

(٣) جرانمولان المرجع السابق ص ٤٩ .

(٤) بلانيول فى دالوز ١٨٩٢ — ٢ — ٤٥٧ .

جزئية لأن نشاطهم يجب ألا تقام فى سبيله العراقيل[1] .

المسئولية عن فعل الغير :

مسئولية الشخص ليست قاصرة على فعله بل هو مسئول عن فعل تابعيه . وإلى عهد قريب لم يكن الفقه يفرق بين المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية فى هذا الصدد ، بل كان يطبق المادة ١٥٢/١٧٤ م ج/١٣٨٤ من القانون المدنى فى جميع الأحوال[2] .

غير أن مسيو بيكيه[3] فرق فى المسئولية عن فعل الغير بين المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية . فبعد أن أبان أن بعض النصوص عالجت المسئولية التعاقدية عن فعل الغير فى حالات خاصة وضع نظرية عامة فى المسئولية التعاقدية عن فعل الغير ، فقرر أن المدين فى الدائرة العقدية يسأل عن فعل كل من استعان بهم على تنفيذ التزامه[4] .

ويترتب على ذلك أن الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين فى الدائرة العقدية غير محدودين على سبيل الحصر[5] ، بعكس الحال فى الدائرة

---

(١) ليون دينيس فى دالوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ ، بران المرجع السابق ص ٣٣ بند ٢٤٣ ، بلانيول وريبير واسمان المرجع السابق ج ٦ ص ٦٧٥ ، ديموج المرجع السابق ج ٣ بند ٢٥٦ ، كولان وكابيتان المرجع السابق ج ٢ ص ٨ .

راجع مع ذلك برنارد شميل فى الجازيت المختلطة ٢٧ ص ٥ إذ قال تعليقا على حكم محكمة النقض الفرنسية فى ١٩٣٦/٥/٢٠ إن هذا الحكم من شأنه أن يلزم الطبيب بأكثر من العناية التى تتطلبها المادة ١٣٨٢م . ولنا عود لهذا الموضوع .

(٢) بلانيول وريبير واسمان المرجع السابق ج ٦ بند ٣٨١ ، Aubry et Rau — Cours de droit civil fr., 5e éd., § 308, No. 33, p. 167.

(٣) Becqué — De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, Revue trimestrielle de droit civil, 1914, p. 251 et s.

(٤) مازان المرجع السابق ص ٢٣ ، بران المرجع السابق ص ٤٤ ، بهجت بدوى أصول الالتزامات بند ٣٢٢ ؟؟ .

(٥) المدين يسأل عن كل من تدخل فى التنفيذ ، من يحل محله أو يساعده ، وأحيانا من يعيشون معه ، كما هى الحال فى عقد الايجار . بران المرجع السابق ص ٤٥ .

التقصيرية ، فالأشخاص الذين يسأل عنهم المدين قد ذكرتهم المادة ١٥٢/١٧٤ م جـ/ ١٣٨٤ على سبيل الحصر .

وثمة فرق آخر قال به نفر من الشراح خاص باشتراط الإعفاء من المسئولية عن فعل الغير إذ يقولون إن المسئولية العقدية يرسم حدودها الطرفان ، فمن حقهما أن يقررا إعفاء المدين من المسئولية فى حالة عدم التنفيذ الكلى أو الجزئى الناشىء عن فعل المساعدين . أما فى المسئولية التقصيرية فتبطل هذه الشروط لأن المادة ١٥٢/١٧٤ م جـ/١٣٨٤ من النظام العام [١] . وسنرى أن هذا الفرق غير صحيح من أساسه [٢] .

وظاهر من هذا التحليل كيف أن تحديد طبيعة مسئولية الطبيب يؤثر فى مدى مسئوليته عن فعل الغير .

ثانياً — مباشرة دعوى المسئولية :

من حيث الاختصاص: الأصل أن الاختصاص فى الدعاوى الشخصية لمحكمة المدعى عليه أى الطبيب ، لكن القانون الصادر فى ١٩٢٣/١١/٢٦ فى فرنسا جعل الاختصاص فى دعاوى المسئولية التقصيرية للمحكمة التى حصل فى دائرتها الفعل الضار [٣]. وقد يضار الطبيب من ذلك إذ يرى نفسه مضطراً للدفاع أمام محكمة غير محكمته (هى محكمة المريض فى الغالب).

---

(١) بيكيه المرجع السابق ص ٣١٨ ، لالو المرجع السابق طبعة أولى بند ٥٢٤ ، بواتييه ١٩١٤/٧/١٣ دالوز ١٨ — ١٩١٩ — ٢ — ٢٤ .

وراجع تحليلا دقيقا لموقف القضاء فى بران المرجع السابق ص ٤٩ ؟؟ .

(٢) فليس صحيحا أن المسئولية التقصيرية لا يجوز الاعفاء منها (وديع فرج — اتفاقات الاعفاء من المسئولية — محاضراته غير المطبوعة لقسم الدكتوراه سنة ١٩٤١ ، بران المرجع السابق ص ٥١ و ٥٢ ، جوسران المرجع السابق طبعة ٣ ج ٢ بند ٤٧٤ ؟؟ خاصة ٤٧٨ و٤٧٩ ، ديموج المرجع السابق جـ ٥ بند ٨٨٢ و ١١٦٨ .

(٣) راجع سافاتييه المرجع السابق بند ١١١ . وليس هناك مثل هذا الاستثناء فى القانون المصرى فدعاوى المسئولية الطبية تخضع للقواعد العامة فى تحديد الاختصاص أعنى تختص بنظرها محكمة المدعى عليه .

ويرى البعض أن الوضع لا يختلف إذا اعتبرنا مسئولية الطبيب عقدية لأن قانون ٦ أبريل سنة ١٩٣٦ عدل المادة ٥٦ من قانون المرافعات الفرنسى بأن جعل الاختصاص فى الدعاوى الناشئة عن عقد الاستصناع للمحكمة التى حصل فى دائرتها الاتفاق (وهى محكمة المريض فى الغالب لأن عقد العلاج يتم فى منزله)[١] . وسنرى أن هذا الرأى محل نظر من حيث وصفه عقد العلاج بأنه عقد استصناع .

من حيث القانون الواجب التطبيق :

المسئولية التقصيرية تخضع لقانون البلد الذى وقع فيه الفعل الضار[٢] وبالعكس المسئولية العقدية تخضع للقانون الذى يتفق عليه المتعاقدان فان لم يتفقا صراحة على تطبيق قانون معين طبق قانون بلدهما إذا اتفقت جنسيتهما وإلا فيطبق قانون البلد الذى حصل فيه التعاقد[٣] . ومن هنا نرى كيف أن تكييف مسئولية الطبيب قد يكون ذا أثر فى تحديد القانون الواجب التطبيق .

من حيث عبء الاثبات :

لتحديد من يتحمل عبء الإثبات أهمية كبرى لأن الطرف الذى يتحمل هذا العبء مهدد بأن يفقد حقه إن هو فشل فى إثبات صحة ادعائه . ويزيد الموضوع أهمية فى حالة المسئولية الطبية لأن إثباتها أكثر ما يكون

---

(١) ساهو المرجع السابق ص ١٨٩ ؟؟ ، لاكاس المرجع السابق بند ٢٤ و ٨٨ ؟؟ ، فالك المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ المرجع السابق ص ٦٣٣ ، ديفلو المرجع السابق ص ٣٢ ، مازان المرجع السابق ص ٢٥ و ٥٢ ، لالو المرجع السابق طبعة أولى بند ٢٤٢ و ٢٤٦ .

(٢) Despagnet et de Bœck — Précis de droit international privé, 5e éd., No. 322.

(٣) المرجع السابق بند ٣٠٣ ، لالو المرجع السابق بند ٢٥٨ .

قارن سافاتيه بند ١١٠ حيث يقرر أن المحاكم المعروضة أمامها الدعوى قد تعتبر قواعد المسئولية من النظام العام فتطبق قانونها . وفى هذا المعنى أيضاً هنرى وليون مازو شرح المسئولية المدنية طبعة ٣ ج ٣ بند ٢٢٣٩ .

مبنياً على عناصر دقيقة متشابكة من الصعب تقديرها أو إقامة الدليل عليها . فلا عجب إذن إذا رأينا أن محكمة الإسكندرية الابتدائية بحكمها الصادر فى ١٩٤٢/١٢/٣١ قد اتخذت من عبء الإثبات المحور الذى دار عليه بحثها فى تحديد طبيعة المسئولية [١] .

ولقد كان الرأى مستقراً إلى أن صدر حكم النقض الفرنسى فى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ [٢] . على أن المريض هو الذى يتحمل عبء الإثبات . فلما صدر هذا الحكم قال البعض إن اعتبار مسئولية الطبيب عقدية يستلزم حتما إعفاء المريض من هذا العبء ، فمتى ثبت العقد كانت هناك قرينة على عدم وفاء الطبيب بالتزامه ، وعلى الطبيب كى يهدم هذه القرينة أن يثبت أنه راعى اليقظة والحذر فى العنـــاية بالمريض ، وما ذلك إلا تطبيق للمادة ٣٨٩/٢١٤ م ج/١٣١٥ من القانون المدنى [٣] .

---

(١) والحكم غير منشور وقد جاء فى حيثياته ما يأتى : حيث إنه بالنسبة لمسئولية الطبيب فان علماء القانون الفرنسى قد اختلفوا فى هل هى مسئولية تعاقدية أو خطئية فقال بعضهم بأنها تعاقدية مرجعها إلى العقد المبرم بين الطبيب والمريض وعلى ذلك لا يلزم المريض باثبات خطأ معين فى حق الطبيب بل يكفيه إذا أصيب بسوء أن يثبت أن حالته قد ساءت بسبب العلاج الذى باشره الطبيب ، فاذا أثبت ذلك كان الطبيب مسئولا إلا إذا أثبت الطبيب خطأ المريض أو القوة القاهرة . وقال البعض الآخر إن مسئولية الطبيب خطئية أساسها الخطأ والتقصير وعبء الاثبات فيها واقع على المريض لأن الأصل أن الطبيب لا يلتزم قبل المريض أن يضمن له السلامة والشفاء وإنما يلتزم فقط بأن يعنى به العناية الـكافية وأن يصف له وسائل العلاج وما يرجو به الشفاء من مرضه وينبنى على ذلك أنه لا يكفى لـكى يعتبر الطبيب مخلا بالتزامه أن تزداد حالة المريض سوءاً بل يجب أن يقوم الدليل على أن ما أصاب المريض من سوء كان بسبب تقصير أو خطأ من الطبيب فى العناية أو وصف العلاج . وحيث إن هذه المحـكمة ترى الأخذ بالرأى الأخير واعتبار مسئولية الطبيب خطئية لأن هذا الرأى أقرب إلى العدالة والقانون من الرأى الآخر ... » .

(٢) دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ .

(٣) بريتون فى سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ تحت نقض ١٩٣٦/٥/٢٠ § ٢ ب ٢ ، ساهو المرجع السابق ص ١٩٨ — ١٩٩ ، البرتو مونتيل فى التعليق على الأحكام الايطالية . المجلة الفصلية سنة ١٩٣٥ ص ٩٦٦ ؟؟ انظر ص ٩٧٧ بند ٤ .

ولقد أخذت محكمة بلفور بهذا الرأى إذ قررت فى حكمها الصادر فى ١٩ فبراير سنة ١٩٣٤ جازيت باليه ١٩٣٥ — ١ — ٩١٩ بعد أن أقرت مبدأ المسئولية العقدية للطبيب أنه يكفى =

على أن جوسران يقول فى تقريره الذى قدمه فى القضية المذكورة إن الرأى السابق مبنى على مغالاة ناتجة عن فهم غير صحيح لحقيقة العقد الطبي . فالطبيب لا يلتزم بشفاء المريض وإنما يلتزم ببذل جهود متفقة مع الأصول العلمية ، فعلى المدعى أن يثبت إخلاله بهذا الالتزام . وأضاف إلى ذلك النائب العام ماتر أنه لا شك فى أن المريض هو الذى يتحمل عبء الإثبات ومن هذه الناحية لحسب تقترب المسئولية العقدية التى قررتها محكمة إكس بل تختلط بالمسئولية التقصيرية التى يدعيها الطاعن فعلى كلا الوضعين يتحمل المريض عبء الإثبات [1] .

= لشغل مسئولية الطبيب أن يثبت المريض طبقاً للمادة ١٣١٥ م أنه قد تعهد بعلاجه ومن جهة أخرى ليبرىء الطبيب نفسه من هذه المسئولية عليه أن يثبت طبقاً للمادة ١١٤٧ م تنفيذه لهذا الالتزام .

ويرى اسمان فى تحميل الطبيب بعبء الإثبات فى حالة فشل العلاج تطبيقاً صحيحاً للمبدأين الذين تقوم عليهما النظرية العامة فى الإثبات فى رأيه وهما مبدأ الاحتمال الكافى ومبدأ أن من يستند على الوضع الطبيعى لا يلزم بالإثبات (اسمان فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٣ ص ٦٢٧ ؟؟ راجع بند ٧و٨) فإن عدم شفاء المريض وإن لم يقم دليلا على خطأ الطبيب إلا أن من شأنه أن يجعل ادعاء المريض محتمل التصديق فيصبح على الطبيب أن يهدم هذا الاحتمال بإثبات احتمال مضاد فضلا عن أنه الأقدر على تبرير سلوكه (اسمان المرجع السابق بند ١٦) .

قرب . مازو المرجع السابق ج ١ بند ٦٩٤ طبعة ١٩٣٤ .

قارن : حكم محكمة الاسكندرية الصادر فى ٣١ ديسمبر ١٩٤٢ بحيثياته المشار إليها فى الهامش السابق .

عكس فالك — المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ المرجع السابق ص ٦٢٢ وديفلو المرجع السابق ص ٢٦ .

(١) راجع تقرير جوسران ومرافعة ماتر فى دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩١ ؟؟ ووديع فرج فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤١٥ ، مارتان المرجع السابق ص ١٦٨ ، مازان المرجع السابق ص ٢١ و ٢٢ و ٤٥ ، ديفلو المرجع السابق ص ٢٦ ، بيلون بتوقيع E.P تحت نقض ١٩٣٦/٥/٢٠ فى دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ ، فالك المرجع السابق المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ٦٢٢ ، مازو المرجع السابق ج ١ طبعة ٣ بند ١٤٨ ، هنرى مازو فى المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ المرجع السابق بند ٥٣ ، جوسران المرجع السابق ج ٢ طبعة ٣ بند ٤٩١ ص ٢٩٨ ، ديموج المرجع السابق ج ٦ بند ١٨٠ ، ناست فى دالوز ١٩٣٢ — ٢ — ٥ . نقض ١٩٣٩/٥/٢٧ دالوز الانتقادى ١٩٤٠ — ١ — ٦٤ ودالوز الانتقادى للقضاء =

رقابة محكمة النقض

قيل إنه ليس لمحكمة النقض رقابة على تقدير المحاكم لوجود الخطأ

= سنة ١٩٤١ ص ٥٣ وتعليق ناست ص ٥٥ ، Camermann (M.) — La responsabilité des médecins, thèse, 1932, p. 36 et s. Lalou — Contrats comportants pour l'une des parties l'obligation de rendre le contractant sain et sauf. D. H. 1931 chron. p. 40.

ويأخذ أنصار هذا الرأى بما قال به ديموج من أن عبء الإثبات لا يدور مع طبيعة المسئولية بل يتوقف على طبيعة الالتزام الذى حصل الاخلال به بغض النظر عما إذا كان مصدر هذا الإلتزام عقداً أو عملا غير مشروع . وهو من أجل ذلك يحلل محتويات الالتزامات ويقسمها إلى التزامات بنتيجة والتزامات بوسيلة (ديموج مطول الالتزامات ج ٥ بند ١٢٣٧ و ج ٢ بند ٥٩٩) فالالتزام بنتيجة هو ذلك الالتزام الذى يعد فيه المدين دائنه بشىء معين سواء أكان ذلك الشىء عملا أم امتناعاً كالمقاول الذى يلتزم ببناء منزل أما الالتزام بوسيلة فهو ذلك الالتزام الذى لا يتعهد فيه المدين إلا بأن يبذل عناية لتحقيق ما تعهد به دون أن يضمن إيصال الدائن إلى نتيجة معينة كالطبيب يلتزم بالعناية بالمريض دون أن يضمن له الشفاء .

وعبء الإثبات فى حالة الالتزام بنتيجة يقع على عاتق المدين فما على الدائن إلا أن يثبت وجود الالتزام وعدم تنفيذه فإذا أراد المدين أن يخلص من مسئوليته وجب عليه إما أن يثبت أن عدم التنفيذ لا ينسب إليه وإنما ينسب إلى القوة القاهرة أو الحادث الفجائى أو خطأ الدائن ذاته أو خطأ شخص يسأل عن فعله الدائن . أما فى حالة الالتزام بوسيلة أعنى حالة التزام المدين ببذل عناية معينة فلا يكتفى من الدائن الذى يدعى أن المدين لم ينفذ الالتزام على الوجه المتفق عليه فى العقد أى الذى أخل بالتنفيذ — لا يكتفى منه بإثبات الالتزام وإنما يجب على الدائن فى هذه الحالة أن يثبت أن العناية التى بذلها المدين لا تتفق هى وما كان يجب عليه بذله ، ولا يصل الدائن إلى إثبات ذلك إلا بإثبات تقصير المدين فى التنفيذ أعنى بإثبات خطأ المدين وأن هذا الخطأ أحدث به ضرراً .

ويرى البعض ممن يأخذون بتقسيم ديموج (دكتور وديع فرج ، محاضراته غير المطبوعة لقسم الدكتوراه سنة ١٩٤١ « اتفاقات الإعفاء من المسئولية » وفى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ المرجع السابق ص ٤١٥ وحشمت أبوستيت نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى ص ٣٠١ بند ٤٣٠) أن الدائن لا يكلف فى الالتزام بنتيجة إلا بأن يثبت الالتزام فيفترض المشرع أن المدين لم يقم بالتنفيذ وأن مجرد عدم قيامه بالتنفيذ ناشىء عن خطئه ولا يتخلص المدين من المسئولية إلا إذا أثبت أنه قام بالتنفيذ فعلا أو أن عدم التنفيذ لا ينسب إليه وإنما ينسب إلى القوة القاهرة أو ما يقوم مقامها . وهم فى هذا يتمشون مع نص المادة ١٣١٥/٣٨٩/٢١٤ من القانون المدنى التى تنص على أن من يطلب ديناً عليه إثباته ومن يدعى براءته من الدين عليه أن يثبت الوفاء أو السبب الذى انقضى معه التزامه .

وينتقد إسمان (المجلة الفصلية سنة ١٩٣٣ المرجع السابق ص ٦٢٧ ؛؛ بند ١٦) وبريتون =

التعاقدى بعكس الخطأ التقصيرى لأن الأمر فى الحالة الأولى يتعلق بتفسير العقد وبتحديد الالتزامات التى يتضمنها وهى مسألة موضوعية . أما فى الحالة الثانية فالأمر يتعلق بتحديد مدى الالتزامات القانونية وعلى محكمة النقض أن تسهر على كيفية فهم القانون وتفسيره[1] .

= (فى سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ § ٢ ب . ٢) هذا التقسيم بدعوى أن المدين يلتزم دائما بغاية معينة ، وإلا فالإنسان الذى يوجه نشاطه إلى غير غاية لا يعد عاقلا . وهذه الغاية هى تنفيذ الخدمات التى ينشدها الدائن ومن ثم فإن المبادىء العامة تقضى بأن يحمل المدين عبء إثبات تنفيذ التعهد لينفى عن نفسه شبهة الخطأ . ونحن نشك جداً فى أنه فى حالة الالتزام بوسيلة يصح أن يثبت الخطأ بطريق القرائن اعتماداً على تخلف الغاية المنشودة من الالتزام إذ القول بغير ذلك ينقل الالتزام بوسيلة إلى التزام بنتيجة ونحن نرى فضــلا عن ذلك أن تطبيق فــكرة إسمان وبريتون بعيدة عن أن تحقق المصلحة العامة إذ سرعان ما تندفع المحاكم إلى افتراض الخطأ متى ثبت لها أن الضرر ناشىء عن العلاج فيصير الطبيب أمام حالة يضطر معها أن يثبت أنه لم يرتكب خطأ ما ، وهو عبء ثقيل يهدد الطبيب فى نشاطه ويجعله يحجم عن مباشرة الحالات التى لا تضمن نتيجة العلاج فيها وفى هذا أكبر الضرر بالمريض وبالمهنة ذاتها .

قارن : مازو ج ١ المرجع السابق طبعة ٣ بند ٦٩٤ وهو يرى ألا مجال لتطبيق المـادة ٢١٤/٣٨٩/١٣١٥ م إلا إذا كان التنفيذ ممكناً وكان قصد الدائن الوصول إليه أما إذا كان قصده المطالبة بالتعويض فليس يكتفى منه بإثبات وجود الالتزام بل عليــه أن يثبت عدم قيام المدين بالتنفيذ لأنه إذ يحرك مسئولية المدين إنما يقيم حقه على دين جديد لم ينشأ عن العقد ذاته وإنما نشأ عن عدم تنفيذه أى عن الخطأ الواقع من المدين ومن ثم لتطبيق المـادة المذكورة يتعين على الدائن ، ليثبت أحقيته فى التعويض ، أن يقيم الدليل على هذا الخطأ .

ومازو الذى يعدل برأيه هذا عما كان يقرره فى الطبعــة الثانية من كتابه (بند ٦٩٤) يسوق تأييداً لرأيه أن المـادة ١٣١٥ م إنما تضع نصاً ذا تطبيق شامل لجميع الالتزامات سواء أكانت عقدية أم لا . فلو أنها كانت تضع قرينة على عدم التنفيذ لوجب ان تكون هذه القرينة عامة فتشمل إلى جانب الالتزامات العقدية كل ما عداها من الالتزامات ولم يشك أحد فى وجوب استبعاد هذه القرينة فى دعوى المسئولية التقصيرية فيتعين على المجنى عليــه أن يثبت الخطأ ولا يمكن أن تكون الحال غير هذا فى المسئولية العقدية .

وهو يخلص مما تقدم إلى أن الدائن يكلف ، لـكى يقضى له بالتعويض ، بأن يثبت وجود الالتزام وعدم تنفيذه . غاية ما هناك أنه إذا كان المدين ملتزماً بواجب العناية والحذر فعليه لإثبات عدم التنفيذ أن يقيم الدليل على إهمال المدين وعدم احتياطه ، أما إذا كان المدين ملتزماً بفعل محــدد فالدائن يكفيه أن يثبت عدم حصوله على النتيجة المطلوبة .

(١) لابيه فى سيرى ١٨٨٦ — ٢ — ٢٥ .

ولـكن قضـاء محكمة النقض ينم عن عدم الإقرار بهذه التفرقة فهى لا تحجم عن فرض رقابتها على محاكم الموضوع حتى لا تسعى تحت ستار التفسير إلى إخراج شروط العقد عن مفهومها [١] .

وإذا كان قد عيب على محكمة النقض هذا التدخل فإنا نعتقد أن الصفة المهنية فى مسئولية الطبيب وكون تحديد التزاماته لا يرجع فيه إلى الإرادة المشتركة بل إلى العادات والتقاليد المهنية فيهـا ما يبرر أن تفرض محكمة النقض رقابتها على تحديد الالتزامات المهنية والخطأ الطبى [٢] .

ثالثاً — آثار دعوى المسؤولية :

(١) **مدى التعويض** : فى المسئولية القانونية يسأل الإنسـان عن الضرر المتوقع عقلا وقت حصول العقد مالم يكن قد وقع منه غش أو خطأ جسيم يلحق بالغش (م ٢٢١/١٢٢ م ج) أما فى المسئولية التقصيرية فالإنسان يسأل عن الضرر سواء أكان متوقعاً أم غير متوقع وقت حصول الخطأ .

وقد أعطى الدكتور وديع فرج مثلا لتصوير هذا الفرق مغـنّياً تقدم لطبيب لعلاج حنجرته وكان الطبيب يجهل مهنته وفقد المغنى صوته بخطأ الطبيب . فإن اعتبرنا مسئولية الطبيب تقصيرية حملناه مسئولية كل الضرر الذى أصاب المريض باعتباره مفتناً وإن اعتبرناها عقدية وقفت مسئولية الطبيب عنـد تعويض الضرر الذى ينشأ عن فقـد أى شخص عادى لصوته [٣] .

---

(١) جوسران المرجع السابق ج ٢ بند ٢٤٢ .

(٢) يرى بران المرجع السابق ص ٦٨ أن محكمة النقض ليس لها أن تراقب الخطأ التقصيرى نفسه لأنه مسألة وقائع ويخالفه فى ذلك مارتى Marty—La distinction du fait et du droit بند ١٢٨ و ١٢٩ خاصـة ص ٢٤٩ إذ يرى فى رقابة محكمة النقض على ركن الخطأ تطبيقاً مشروعاً لحقها فى الرقابة على التكييف بغير تمييز ، بل هو يذهب إلى أن رقابة محكمة النقض على الخطأ التعاقدى أمر مشروع ص ٢٥ هامش ٢ .

(٣) وديع فرج — مجلة القانون والاقتصاد سـنة ١٢ المرجع السابق ص ٣٩٢ ، =

على أن مارتان [١] يميل إلى إلزام الطبيب بتعويض الضرر كاملا فى جميع الأحوال بدعوى أنه يجب أن يلم بأصول مهنته ، فحسن نيته لا يفيده بل هو يعتبر مخطئاً خطأ جسيما ومن ثم يشبه بالعمد فيسأل عن الضرر ولو كان غير متوقع ، ونحن لا نقر هذا الرأى [٢] .

ولقد ألزمت دائرة العرائض بمحكمة النقض الفرنسية طبيباً بالأضرار غير المتوقعة الناشئة عن هرب إحدى المريضات بالنوروستانيا وكانت قد جعلت تحت إشرافه بوصفه مديراً لمؤسسة صحية فوجدت هائمة فى الطريق وقد تجمدت قدماها وهو ما ترتب عليه بتر إحداها . وما كان لمحكمة النقض أن تعوض عن هـذا الضرر غير المتوقع إلا بتقريرها بأنه إلى جانب المسئولية العقدية يسأل الطبيب تقصيرياً وهو ما فعلته [٣] .

(٢) ضمانات التعويض :

وهناك فرق آخر بين المسئوليتين له أثره فى المسئولية الطبية هو التضامن بين المدينين فى المسئولية العقدية لا تضامن إلا بنص [٤] . أما فى

= مازان المرجع السابق ص ٥١ وهو يعطى مثلا لهذه التفرقة صاحب مصنع يعالجه طبيب بدون أن يعرف صفته ثم يخطىء فى علاجه فيموت ، لو اعتبرنا مسئوليته عقدية فإنه لا يسأل إلا عن تعويض عادى بعكس ما إذا اعتبرنا مسئوليته تقصيرية فعليه أن يعوض الورثة عن مكاسبه أيضاً .

قرب : ساهو المرجع السابق ص ١٩٦ ، روديه المرجع السابق ص ٢٠٢ ، سافاتييه فى المسئولية بند ١١١ ، ديموج الالتزامات جـ ٦ بند ١٨١ ، لاكاس المرجع السابق بند ٢٦ ، لالو طبعة ٢ المسئولية المدنية بند ٧٢ و ٤٩٤ ، بران المرجع السابق ص ٧٢ ، نيجر المرجع السابق ص ٣٦ ، بريتون فى سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ § ٢ ، نقض عرائض ٣٠ / ١ سنة ١٩٢٦ دالوز ريبيرتوار تحت مسئولية رقم ٢٣٩ — ١ .

قارن : ديفلو المرجع السابق ص ٣٣ .

(١) المرجع السابق ص ١٣٥ ؟؟

(٢) لاعتبارات سنتولى بيانها فيما بعد .

(٣) جوسران تحت نقض ١٩٢٦/١٢/١٤ فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ .

(٤) قارن فوازنيه ص ٣٢١ ، ٣٢٢ والأحكام التى يشير إليها ، **Voisenet—La faute lourde en droit privé français, (thèse 1934).**

المسئولية التقصيرية فالمصاب يرجع على من تسببوا فى إصابته متضامنين بحكم المادة ١٦٩/١٥٠ م ج . فلو تسبب فى حصول الضرر للمريض أكثر من طبيب واحد وقلنا إن المسئولية عقدية كانت مسئولية كل منهم عن نصيبه فى التعويض مستقلة عن مسئولية الآخرين على حين أن قواعد المسئولية التقصيرية تجعل كلا منهم متضامناً مع الآخرين فى المسئولية بحيث يجوز للمصاب مطالبة أيهم شاء بكل التعويض [1] .

رابعاً — الدفوع التى تعترض قبول الدعوى :

(١) **التقادم** : رأينا فيما سبق مدى تأثير التقادم الجنائى على الدعوى المدنية فلا محل لإعادة الكلام فيه .

(٢) ***قوة الشىء المحكوم فيه*** : استقر القضاء على وحدة الخطأ الجنائى والمدنى [2] . ومن ثم فالحكم الجنائى يحوز قوة الشىء المحكوم فيه بالنسبة لدعوى المسئولية التقصيرية .

ولكن يرى نفر من الشراح أن الحال بخلاف ذلك فى الدائرة العقدية [3]، فاذا برىء الطبيب من جريمة القتل أو الجرح الخطأ فالمجنى عليه لا يفقد حقه فى التعويض إذ ليست هناك وحدة بين الخطأ التعاقدى والخطأ الجنائى ،

---

(١) فى فرنسا تميل المحاكم رغم سكوت النص إلى اعتبار المسئولية التقصيرية موجبة للتضامن بين المسئولين استناداً إلى عدم جواز تجزئة الخطأ بعكس الحال فى المسئولية العقدية لأن التضامن لا يفترض ؛ وهى من أجل ذلك تفرق بين **L'obligation solidaire** و **L'obligation in solidum** .

بران المرجع السابق ص ٨٢ و ٨٣ ، بلانيول وإسمان المرجع السابق ج ٦ بند ٦٨٥ ، بريتون فى سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ § ٢ س ٤ ، نقض ١٩ / ٦ / ١٩٢٩ دالوز الأسبوعى ١٩٢٩ — ٤٢٨ ، لييج ٢١ / ٦ / ١٩٠٦ بازيكريزى ١٩٣٦ — ٢ — ٢٠٤ .

(٢) ولنا عود لهذه المسألة فيما بعد .

(٣) بيتل المرجع السابق ص ١٠ و ١١ ، لاكاس المرجع السابق بند ٢١ ، لالو فى المسئولية طبعة ٢ بند ٣٩ .

ويترتب على هذه التفرقة أن القاضى المدنى ليس ملزماً بوقف الدعوى إذا كانت الدعوى الجنائية مرفوعة على الطبيب فعلا .

(٣) **اشتراطات عدم المسئولية** : القاعدة العامة لدى أنصار النظرية التقليدية أن المدين له أن يتفق مع الدائن على إعفائه من المسئولية عن عدم التنفيذ ما لم يقترن سلوكه بالغش أو الخطأ الجسيم وإلا أصبح الدائن تحت رحمة المدين (١) ، ذلك أن المتعاقدين يجب أن تكون لهما الحرية فى تحديد مدى مسئوليتهما كما أن لهما الحرية فى تحديد التزاماتهما ، وإذا كانت المسئولية العقدية مرجعها إلى إرادة الطرفين فيجب أن تتلاشى أمام شرط صريح بعدم المسئولية . وليس الحال كذلك فيما يتعلق بالمسئولية التقصيرية فإن اشتراطات الإعفاء منها تعتبر باطلة لمساسها بالنظام العام (٢) .

وحتى مع التسليم بهذا الفرق ، مع أنا لا نقر بأن المسئولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام (٣) ، فهل اعتبار مسئولية الطبيب عقدية من شأنه إجازة مثل هذه الاشتراطات .

---

(١) مازان المرجع السابق ص ٢٣و٢٤ ، بلانيول طبعة ١١ المرجع السابق ج ٢ بند ٢٤٥ ، بودرى وبارد المرجع السابق طبعة ٣ ج ١ بند ٣٦٠ ، سالى المرجع السابق طبعة ٣ بند ٣٢٢ ، ريبير القاعدة الخلقية فى الالتزامات طبعة ٣ بند ٢٨و١٣٢ ، لالو فى المسئولية طبعة ٢ بند ٥١٢و٥١٧ ، ديموج المرجع السابق ج ٥ بند ١١٩٢ ، جوسران شرح القانون المدنى الفرنسى ج ٢ طبعة ٣ بند ٦٢٣و٦٢٤ ، ساهو المرجع السابق ص ١٩٢ ، لاكاس المرجع السابق بند ٥٢ ، مازو طبعة ٣ المسئولية ج ٣ بند ٢٥٢٢ ؟! ، ريبير فى دالوز ١٩٢٦ — ١ — ٥ تحت نقض ١٩٢٥/٧/٢٧ ، Sainctelette — Responsabilité et garantie, p. 17. ، لارومبيير فى الالتزامات م ١١٣٧ بند ١٢ .

(٢) م ٢١٩ من القانون المدنى الحديث ، حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى ص ٣٠٠ بند ٤٣٠ سانكتلت المرجع السابق ص ١٧ ، لالو المرجع السابق طبعة ٢ بند ٥٠٦ ، بودرى وبارد المرجع السابق ج ٤ طبعة ٣ بند ٢٨٦٩ ، بلانيول المرجع السابق طبعة ١١ ج ٢ بند ٨٨٢ ، مازان المرجع السابق ص ٢٤ ، ريبير فى دالوز ٢٦ — ١ — ٥ .
Cambuzat — L'irresponsabilité des fautes commises par ceux dont on répond peut-elle être valablement stipulée à l'avance? Revue critique de législ. et de jurisp. 1900, p. 249.

(٣) جوسران المرجع السابق ج ٢ بند ٤٧٨ ، ديموج المرجع السابق ج ٥ بند ١١٩٩ ، ريبير القاعدة الخلقية بند ١٣٢ طبعة ٣ .

يرى الأخوان مازو أن اشتراطات الإعفاء من المسئولية غير جائزة إذا كانت منصبة على الغش أو الخطأ الجسيم وحتى إذا انصبت على الخطأ التافه متى كان الضرر ماساً بسلامة الشخص أو باعتباره كما هى الحال فى الأخطاء الطبية لأن الأشخاص لا يجوز أن يكونوا محلا للتعاقد [١] .

ولكن بعض الفقهاء لم يتعرضوا لهذه الاعتبارات وأقروا شرط عدم المسئولية بالنسبة للأطباء [٢] والمحاكم لم تعرض عليها المسألة ولكن أحكامها مطردة على إبطال اشتراطات عدم المسئولية متى كانت ماسة بسلامة الأشخاص مما يجعل من المحتمل أن تبطل اشتراطات عدم المسئولية فى المسائل الطبية لو عرضت عليها .

ويتضح مما تقدم أنه ليس فى اعتبار المسئولية الطبية عقدية ما يعطى الأطباء ميزة فى هذه الناحية [٣] ومع هذا فلو أصبح فى إمكان الأطباء أن

---

(١) مازو المرجع السابق طبعة ٣ بند ٢٥٢٩ ، بران المرجع السابق ص ٩٥ ، هنرى ديبوا تحت سين ١٦/٥/١٩٣٥ دالوز ٣٦ — ٢ — ٩ انظر ص ١٢ ، نيجر المرجع السابق ص ١٥٣ ؟؛ ، لاكاس المرجع السابق بند ٥٣ ، جوسران المرجع السابق ج ٢ بند ٤٧٥ ، مازو فى دالوز ١٩٣٥ — ٢ — ٤٩ ، روديه المرجع السابق ص ٢٣٣ ، وديع فرج محاضراته غير المطبوعة لقسم الدكتوراه سنة ١٩٤١ « اتفاقات الاعفاء من المسئولية » .

Josserand — La personne humaine dans le commerce juridique, Chr., D. H. 1932, p. 1 et s. P. Durand — Des conventions d'irresponsabilité, thèse, 1931, p. 93.

عكس ديموج المرجع السابق ج ٥ بند ١١٩٨ .

ويعلل جرافن — فى المسئولية الطبية (رسالة) بطلان الاشتراطات بأن مسئولية الطبيب تقصيرية ، ولو كانت عقدية لكان الاشتراط صحيحا ص ١٦٦ و ١٦٧ .

قارن مازان المرجع السابق ص ٥٠ . وهو يرى أن مسئولية الطبيب بوصف أنها فنية هى متعلقة بالنظام العام ولا يجوز اشتراط الاعفاء منها ، ونفس المعنى فى روديه المرجع السابق ص ٢٣٠ .

(٢) لالو المرجع السابق طبعة ٢ بند ٥٦١ ؟؛ ، ديموج المرجع السابق ج ٥ بند ١١٩٨ ، الدكتور دارتيج فى كتابه **Para-chirurgie** نقلاً عن مارتان المرجع السابق ص ١٥٢ .

قارن بالمارى **Balmary** فى المسئولية الطبية (رسالة) ص ٩٧ ؟؛ وهو يقر اشتراط عدم المسئولية عن الخطأ التافه الذى لا يكون جريمة ولا يمس صحة المرضى أو حياتهم .

(٣) لاكاس المرجع السابق بند ٥٣ و ٥٤ ، ساهو المرجع السابق بند ١٩٥ .

يشترطوا عدم المسئولية فإن ذلك لن يحصل عملا لأن مجرد تطلب هذا الشرط من المريض يفقده الثقة بالطبيب ويجعله يحجم عن تسليم نفسه إليه .

وقد وجب الآن أن نعرف — مع هذه الفوارق التى ذكرناها بين نوعى المسئولية — ومع ما سيكون لهذا التقسيم من الأثر الخطير فى تحديد الخطأ الطبي كما سيجىء ما إذا كانت المسئولية الطبية عقدية أو تقصيرية .

فى سنة ١٨٣٣ عرض على محكمة النقض الفرنسية موضوع مسئولية الأطباء فقررت مبدأ المسئولية معتبرة أن المادتين ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ ذواتا تطبيق عام شامل وكان المفهوم بطبيعة الحال أنها اعتبرت بذلك مسئولية الأطباء مسئولية تقصيرية [١] .

ومنذ ذلك التاريخ والأحكام فى فرنسا بدون أن تتعرض للفصل بطريق مباشر فى طبيعة المسئولية الطبية — كانت تطبق عليها بصفة تكاد تكون مطردة المواد ١٣٨٢ وما بعدها [٢] .

(١) نقض ١٨٣٣/٦/١٨ سيرى ١٨٣٥ — ١ — ٤٠١ .

(٢) راجع على وجه الخصوص نقض ١٨٦٢/٧/٢١ ، وكذلك الحكمين الابتدائى والاستئنافى فى نفس القضية فى سيرى ١٨٦٢ — ١ — ٨١٧ ، ودالوز ١٨٦٢ — ١ — ٤١٩ ، متز فى ٢١ مايو ١٨٦٧ سيرى ١٨٦٨ — ٢ — ١٠٦ دالوز ١٨٦٧ — ٢ — ١١٠ ، محكمة نيس المدنية فى ٢٣ يونيه ١٩٠٥ سيرى ١٩٠٩ — ٢ — ٣٢١ ، الجزائر فى سيرى ١٩٠٩ — ٢ — ٣٢١ تحت هامش (ب) ، السين فى ٢٩ نوفبر ١٩١٢ سيرى ١٩١٤ — ٢ — ١٥٣ ، باريس ١٦ يناير ١٩١٣ ، دالوز ١٩١٣ — ٢ — ٢٣٧ ، نقض عرائض ١٩١٩/٧/٢١ سيرى ١٩٢٢ — ٢ — ١١٣ فى الهامش دالوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ وتعليق ليون دنيس ، وفى البازيكريزى البلجيكية ١٩٢٠ — ٢ — ٢٢٢ . نقض مدنى ١٩٢٠/١١/٢٩ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ١٠٣ سيرى ١٩٢١ — ١ — ١١٩ جازيت باليه ١٩٢١ — ١ — ٦٨ ، باريس ٢٠ نوفبر ١٩٢٤ جازيت باليه ١٩٢٥ — ١ — ١٦٦ ، الرون ١٩٣٠/١/٣ دالوز الأسبوعى ملخص الأحكام سنة ١٩٣١ — ٣ ، فلانسين ١٩٣٠/١٢/٢٦ سيرى ١٩٣١ — ٢ — ٢٢١ ، نقض ١٩٣٢/١/١١ سيرى ١٩٣٢ — ١ — ١١٠ دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ — ١٣٢ ، باريس ١٩٣٢/٧/٤ دالوز ١٩٣٣ — ٢ — ١١٣ دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ — ٤٥٠ ، نقض ١٩٣٣/١٠/٣١ سيرى ١٩٣٤ — ١ — ١١ دالوز الأسبوعى ١٩٣٣ — ٥٣٧ ، مونتبليه ١٩٣٤/٦/٧ دالوز الأسبوعى ١٩٣٤ — ٤٨٣ .

ولـكن فى ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ عرض موضوع مسئولية الأطباء على محكمة النقض من جديد ، لا لتقره من حيث المبدأ بل لتحدد طبيعة هـذه المسئولية ، فقررت أن عقد العلاج ، وإن لم يكن فى ثنـاياه التزام من الطبيب بشفاء المريض ، فهو لا يكتفى منه بأن يبـذل جهوداً عادية ، بل يقتضيه جهوداً صادقة يقظة ، صادرة عن ضمير شاعر بمعنى الارتباط بين الطبيب والمريض ، وتكون متفقة مع الأصول العلمية الثـابتة إن لم يكن ثمة ظرف استثنائى . وإخلال الطبيب بمـا أراده عليه هذا العقد ، ولو غير عامد يوجب مسئولية من نفس النوع ، أى مسئولية تعاقدية (١) .

وقد استقر القضاء فى فرنسا منذ أن صدر هذا الحكم على الأخذ بالاتجاه الجديد الذى انتحاه (٢) .

أما القضاء المصرى — الأهلى والمختلط — فقد جرى على تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية على مسئولية الأطبـاء والجراحين (٣) ، بل إن

---

(١) نقض ٢٠ مايو سـنة ١٩٣٦ سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ ، دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ — وهذا الحـكم أيد الحـكم الصادر من محكمة استئناف إكس فى ١٦/٧/١٩٣١ وهو منشور مع حكم النقض فى سيرى .

(٢) برجراك فى ٢٤/٢/١٩٣٧ مذكور فى ساهو ، المرجع السابق ص ٢٠٤ ، نقض ١/٦/١٩٣٧ سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٢٧٠ ، نقض ١٥/٦/١٩٣٧ سـيرى ١٩٣٨ — ١ — ٥ ، جازيت باليه ١٩٣٧ — ٢ — ٤١١ ، نقض ١/٧/١٩٣٧ سيرى ١٩٣٨ — ١ — ٦ ، نقض ١٣/٧/١٩٣٧ سيرى ١٩٣٩ — ١ — ٢١٧ ، جازيت باليه ١٩٣٧ — ٢ — ٣٨٤ ، السـين ٤/١/١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ ملخص الأحكام ١١ ، نقض ١٨/١/١٩٣٨ سيرى ١٩٣٩ — ١ — ٢٠١ جازيت باليه ١٩٣٨ — ١ — ٣١٤ ، باريس ١٨/٣/١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ — ٣٧٧ ، بردو ٣١/١٠/١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٩ — ٢٨ ، نقض ٢٧/٦/١٩٣٩ دالوز فى انتقاد القضاء ١٩٤١ — ٥٣ ، وتعليق ناست . ودالوز الانتقادى ١٩٤٠ — ١ — ٦٤ ، نقض ٢٧ مايو سنة ١٩٤٠ دالوز الأسبوعى ١٩٤٠ — ١٢٩ ، ودالوز فى انتقاد القضاء ١٩٤١ — ٥٣ وتعليق ناست .

(٣) محكمة عابدين فى ٨/١٢/١٩٠٢ ، حقوق سنة ١٨ ص ٢٩٣ رقم ١٨٢ ، ولقد تأيد من محكمة مصر الابتدائية فى ٢٦/٥/١٩٠٣ . محكمة الخليفة الجزئية فى ١٣/١/١٩٢٧ =

محكمة النقض فى ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٦[١] ، أعنى فى نفس السنة التى صدر فيها حكم النقض الفرنسى الذى أشرنا إليه ، لم تتردد فى أن تصف مسئولية الأطباء بأنها مسئولية تقصيرية بعيدة كل البعد عن المسئولية التعاقدية .

وهكذا نرى أن محكمة النقض الفرنسية عدلت عن وجهة نظرها بعد أن اطرد القضاء زُهاء المائة عام على اعتبار مسئولية الأطباء مسئولية تقصيرية[٢] ، وبعد أن كان له من الوقت فسحة استطاع أن يضع فيها القواعد الملائمة لهذا النوع من المسئولية ، فهل كانت هناك اعتبارات قانونية أثرت فيها حتى أخرجتها على قضاء ثابت مطرد ، أم هل تأثرت بأسباب

= حقوق سنة ٤٤ رقم ٥٠ ص ٣٣٧ ، وفى الاستئناف محكمة مصر فى ١٩٢٧/٥/٢ المحاكم عدد ١٤٢٩ سنة ٣٩ رقم ٣٧ المجموعة الرسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ ص ٢٠ حقوق سنة ٤٤ رقم ٥٠ ص ٣٣٧ ، استئناف مصر فى ١٩٣٦/١/٢ المجموعة الرسمية سنة ٣٧ رقم ٩٣ ص ٢٦٠ محاماة سنة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ ، محكمة الاسكندرية الابتدائية فى ١٩٣٩/٧/٨ فى القضية رقم ٢٢٦ سنة ١٩٣٨ كلى الاسكندرية (والحكم غير منشور) ، محكمة استئناف مصر فى ١٩٤١/١/٢٣ محاماة سنة ٢٢ رقم ٨٥ ص ٢٥٨ المجموعة الرسمية سنة ٤٢ ص ٥٢١ رقم ٢٦٥ ، محكمة جنايات الاسكندرية فى ١٩٤١/٢/٢٥ فى القضية رقم ٢٣٤٠ العطارين سنة ١٩٣٨ ، محكمة الاسكندرية الابتدائية فى ١٩٤٢/١٢/٣١ فى القضية رقم ٢٦٤ سنة ١٩٤٢ كلى .

وفى القضاء المختلط : راجع الأحكام المذكورة فى بسطاوروس ج ٢ م ٢١٣ تحت مسئولية الأطباء ص ٥٤٨ وكذلك الأحكام المذكورة فى داريو بالاجى — تعليقات على القانون المدنى المختلط ج ٢ م ٢١٣ ص ١٩٩ رقم ٥٠ و٥١ .

(١) ملحق مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٦ ص ٢٤٤ مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ٣٧٦ — ص ١١٥٦ .

(٢) يرى الأخوان مازو (ج ١ من كتاب المسئولية طبعة ٣ نبذة ١٤٨ وكذلك هنرى مازو فى المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ ص ٦١٢ بند ٥٣) أن المحاكم ، لدى تطبيقها للمادة ١٣٨٢ على مسئولية الأطباء ، لم تقصد الخروج على القواعد العقدية فى المسئولية ، وإنما قصدت تحديد محتويات الالتزام بالعناية الذى يقع على عاتق الطبيب ، أو بتعبير أدق قصدت القول بأن العقد بين المريض والطبيب يفرض عليه واجب اليقظة والحذر تمشياً مع أحكام المادة ١٣٨٢ فبحثت فيما اذا كان الطبيب قد نم بسلوكه عن التزام مستوى اليقظة والحذر الذى تفرضه المادة ١٣٨٢ دون أن تقصد الخروج عن دائرة المسئولية العقدية .

قرب لالو فى المسئولية المدنية طبعة أولى بند ١٧٠ .

موضوعية ترجع إلى ملابسات القضية التى كانت معروضه عليها . وهل رأت محكمة النقض المصرية أن تطرح الاعتبارات التى أثرت فى محكمة النقض الفرنسيه لمخالفتها فى الحل الجديد الذى انتهت إليه .

الواقع أن المسألة جدّ دقيقة ، فلا عجب أن ختم النائب العام ماتر Matter مرافعته بقوله [١] « ولهذا فإنى أعترف بأنى ، لا بغير تردد ولا بغير طول تأمل — سأطلب رفض الطعن ، ولكن أليست هى القاعدة الطبيعية فى جلساتنا أن كل أحكامنا لا تصدر إلا بعد مجهودات طويلة وكثيراً ما تكون شاقة . فالأحوال تتغير وصعوبات جديدة تعرض وإنه لما يشرفنا ، نحن رجال القضاء ، أن نذللها بالعمل والتفكير » .

لماذا يا ترى انتهى ماتر Matter بعد طول تردد إلى اعتبار المسئولية عقدية ولماذا أيدته محكمة النقض فى رأيه وما السر فى تغييرها لوجهة نظرها ؟

هل يرجع ذلك إلى إصرار قضاة الموضوع على وجهة نظره إصراراً اضطرت معه محكمة النقض إلى النزول على رأيهم ؟

كلاّ ، فإن الأغلبية الساحقة من المحاكم كانت تطبق المادتين ١٣٨٢ و١٣٨٣م على الأطباء بغير تحفظ ، بل إن الأحكام الأخيرة طبقت على الطبيب قواعد المسئولية التقصيرية دون أن تعنى ببحث طبيعة المسئولية كما لو كانت المسألة مفروغاً منها [٢] .

---

(١) ماتر — مرافعته فى قضية النقض الفرنسى فى ١٩٣٦/٥/٢٠ فى داللوز ١٩٣٦ — ١ — ٩٣ .

(٢) الى جانب الأحكام التى أشرنا إليها فيما سبق نذكر على وجه الخصوص باريس ١٢ مارس ١٩٣١ سيرى ١٩٣١ — ٢ — ١٢٩ داللوز ١٩٣١ — ٢ — ١٤١ ، داللوز الأسبوعى ١٩٣١ — ٢٥٩ ، باريس ١٩٣٢/٧/٤ داللوز ١٩٣٣ — ٢ — ١١٣ ، داللوز الأسبوعى ١٩٣٢ — ٤٥٠ ، باريس ١٩٣٤/٤/١٦ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤ — ٣٢١ ، مونتپلييه ١٩٣٤/٥/٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤ — ٤٥٣ ، باريس ١٩٣٤/١٠/٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤ — ٦٠٩ ، مونتپلييه ١٩٣٥/٢/١ سيرى ١٩٣٥ — ٢ — ١٤٣ ، سين ١٩٣٥/٥/١٦ سيرى ١٩٣٥ — ٢ — ٢٠٢ ، =

لا شك أن بعض الأحكام اشترطت الخطأ الجسيم لقيام المسئولية [١] ، أو على الأقل وصفت الخطأ المنسوب إلى الطبيب بأنه جسيم [٢] ، ولكن هذه الأحكام فى الغالب ، إذ تشترط الخطأ الجسيم ، تقر بأنه فى الواقع لم يرتكب خطأ ما أو تحكم على الطبيب بالمسئولية عن خطئه الجسيم ، وهو ما لا يستتبع بتاتاً أنها كانت ترفض الدعوى لو أن خطأ الطبيب كان تافهاً [٣].

ولعل الذى قصدت إليه المحاكم من اشتراط الخطأ الجسيم ألا يتسرع القاضى فى تلمس أسباب الخطأ من سلوك الطبيب الذى لم يوفق فى العلاج ، بل عليه أن يتبين ما إذا كان خطؤه تبرره الظروف أو النقص فى العلوم الطبية ، فالطبيب محتاج إلى حرية واسعة لمباشرة فنه ، ويجب ألا نفقده ثقته بنفسه [٤] ، وإلا هددنا التقدم العلمى ، وظاهر أن المسألة مرجعها إلى مدى الالتزام لا إلى جسامة الخطأ .

وجملة القول أن قضاء محاكم الموضوع كان متمشياً مع وجهة نظر محكمة النقض تماماً ، وإن خرجت بعض أحكام نادرة على هذا القضاء المطرد وقررت أن مسئولية الطبيب عقدية [٥] .

= دالوز ١٩٣٦ — ٢ — ٩ ، دالوز الأسبوعى ١٩٣٥ — ٣٩٠ ، باريس ١٩٣٥/٦/١ سيرى ٣٥ — ٢ — ٢١٣ ، دويه ١٩٣٦/٥/١٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ — ٤٣٦ .

(١) إسباليون فى ١٩٣٢/١٠/١٠ دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ — ٥٩٧ ، دويه ٢٤ يناير ١٩٣٣ سيرى ١٩٣٣ — ٢ — ٢١٣ ، دالوز الأسبوعى ١٩٣٤ ملخص الأحكام ٣ .

(٢) مونتبلييه ١٩٣٤/٥/٢٩ دالوز الأسبوعى ١٩٣٤ — ٤٥٣ .

(٣) ولنا عود لمناقشة هذه المسألة لدى دراسة ركن الخطأ .

(٤) إيمانويل ليفى : المسئولية والعقد ، المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٥ ص ٣٦١ .

(٥) فضلا عن الحكمين الصادرين من محكمة مرسيليا فى ٥ مايو سنة ١٩٣٠ (دالوز الأسبوعى ١٩٣٠ — ٣٨٩) ومحكمة إكس فى ١٩٣١/٧/١٦ (فى نفس القضية التى عرضت على محكمة النقض سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ دالوز الدورى ١٩٣٢ — ٢ — ٥) فان هناك بعض أحكام قدرت أن هناك عقداً بين الطبيب والمريض ، ورتبت عليه مسئولية =

فهل يرجع حكم محكمة النقض إلى اتجاه فقهى جديد لم تستطع محكمة النقض أن تتحداه ؟ قيل ذلك ، ولكن هذا القول محل نظر ، فنى القرن التاسع عشر كانت النظرية التقصيرية هى السائدة [1] وإن كان للنظرية

= عقدية . من ذلك حكم بيزانسون فى ١٩٣٣/٣/٢٠ دالوزالأسبوعى ٣٣ — ٢٩٢ جازيت باليه ١٩٣٣ — ٢ — ٦١٨ ، فان مريضاً طالب بالتعويض عن قرحة أصابته ، نتيجة علاجه بالأشعة فدفع الطبيب الدعوى استناداً إلى سقوطها بالتقادم الثلاثى عملا بالمادة ٦٣٨ تحقيق جنايات فرفضت محكمة استئناف بيزانسون هذا الاستناد مشيرة إلى وجود عقد كأساس للعلاقات القانونية بين الطبيب والمريض وأن التقادم من ثم يكون ثلاثين سنة .

ولقد أخذ حكم بلفور فى ١٩٣٤/١٢/١٩ (جازيت باليه ١٩٣٥ — ١ — ٩١٩) بالنظرية التعاقدية أيضاً إذ جاء فى حيثياته ما يأتى :— « من حيث إنه فيما عدا استثناءات نادرة تكون مسئولية الأطباء عقدية إذ الضرر الذى يتحمله المريض ناتج عن عدم تنفيذ التزام ناشىء عن عقد ذى طبيعة خاصة بينه وبين الطبيب . ويكفى لأن تقع المسئولية على عاتق الطبيب أن يثبت المريض ، طبقاً لنص المادة ١٣١٥ م ، أن الطبيب الذى يشكو من سلوكه قد تعهد بعلاجه ؛ ومن جهة أخرى على الطبيب أن يثبت طبقاً للمادة ١١٤٧ م تنفيذه لهذا الالتزام حتى تندفع عنه المسئولية .

ومن حيث إنه فيما يتعلق بتنفيذ هذا الالتزام فانه متى تبين للقاضى على وجه التأكيد أن الطبيب ارتكب خطأ ما مهما كانت جسامته فعليه أن يلزم من ارتكب هذا الخطأ بالتعويض عن نتائجه .... » وبناء على هذه الأسباب حكمت بأن الطبيب مسئول مسئولية عقدية ....

راجع أيضاً فى الأخذ بالنظرية العقدية : أميان ١٦ نوفبر سنة ١٨٥٧ مذكور فى ساهو المرجع السابق ص ١٤١ ، پو ١٩٠٠/٥/١ سيرى ١٩٠٠ — ٢ — ٣٠١ دالوز ١٩٠٢ — ٢ — ٣٣ ، سين ١٩٣٢/٦/٣٠ فى ساهو المرجع السابق ص ١٤١ ، استئناف رين فى ١٩٣٤/١١/١٤ جازيت باليه ١٩٣٥ — ١ — ١٠٤ .

(١) مرافعة Dupin أمام محكمة النقض فى قضية توريه نوروى فى ١٨٣٣/٦/١٨ سيرى ١٨٣٥ — ١ — ٤٠١ دالوز الأبجدى ج ٣١ ص ٥٥٩ ، أوبرى ورو طبعة خامسة بواسطة بارتان ج ٦ بند ٤٤٦ ص ٣٧٣ وج ٤ بند ٣٤٤ ص ٥٣٣ ، وجيوار Guillouard طبعة ٣ الايجار ج ٢ بند ٦٩٦ خاصة ص ٢٦٣ ، ديمولومب العقود والالتزامات ج ٨ ص ٤٦٩ بند ٥٣٩ ، لارومبيير الالتزامات طبعة ١٨٨٥ ج ٧ ص ٥٤٨ بند ١٥ (ومع ذلك قارن بند ٩ ص ٥٤٢) . بيدان Beudant القانون المدنى طبعة أولى العقود والالتزامات بند ١١٨٧ ، عكس لوران طبعة ٤ مبادىء القانون المدنى ج ٢٠ بند ٥١٦ ص ٥٥٨ ؛؛ خاصة ص ٥٦٠ ، هوك Huc فى التعليق على القانون المدنى ج ٨ بند ٤١٩ .

التعاقدية أنصارها . ولكن فى القرن العشرين لا يبدو أن موقف الفقه أصبح هكذا واضحاً .

حقاً إن كثيراً من الشراح يقرون مع محكمة النقض منذ سنة ١٨٣٩ [١] بوجود عقد بين الطبيب والمريض ، بل يناقشون نوع هذا العقد ، ولكنهم يتحفظون بالنسبة لطبيعة المسئولية . ولئن كان أشد المتحمسين للنظرية التقصيرية يقرون صحة النظرية التعاقدية فى بعض الفروض كحالة رفض العلاج بعد التعهد به أو هجر المريض بغير مبرر قوى ، فإن الحال لا تزال كما هى ولن يستطيع أحد أن يدعى أن النظرية التقصيرية أصبحت مستبعدة من جميع رجال الفقه [٢] .

---

(١) نقض عرائض ٢١ أغسطس ١٨٣٩ سيرى ١٨٣٩ — ١ — ٦٦٣ .

(٢) راجع فى الأخذ بالنظرية التقصيرية : نيجر المرجع السابق ص ٤٧ ؟؟ خاصة ص ٥٢ ، بوميرول Pommerol المسئولية الطبية أمام المحاكم ص ١٨ ، ناست Nast فى دالوز ١٩٣٢ — ٢ — ٥ ، ساهو المرجع السابق ص ٣٠ ، مارتان المرجع السابق ص ١٧٤ ، بيتل المرجع السابق ص ١٥ ؟؟ خاصة ص ٢٣ ، La responsabilité chirurigcale et opératoire par Rallier (thèse) p. 38. ، جاردنا وريتشى — المسئولية المدنية ص ٣٧٧ ، — Lalou Contrats comportants pour l'une des parties l'obligation de rendre le contractant sain et sauf. D.H. 1931, Chronique, p. 37, 39 et 40.

ومن فقهائنا المصريين مصطفى بك مرعى المسئولية المدنيـة طبعة ٢ بند ٧٠ ص ٦٢ ، وعبد الرزاق السنهورى باشا الموجز فى الالتزامات بند ٣١٨ ص ٣٣١ .

ومع ذلك راجع فى الأخذ بالنظرية التعاقدية سافاتييه فى المسئولية المرجع السابق ج ٢ بنـد ٧٧٥ ص ٣٨٩ ؟؟ ، مازو فى المسئولية المرجع السابق طبعة ٣ بند ١٤٨ ، ٥٠٨ ، لالو فى المسئولية المرجع السابق طبعة ٢ بند ٤٢٢ ص ٢٣٣ وطبعة أولى بند ١٦٦ و ١٦٧ ص ١٠٩ ، تقرير جوسران أمام محكمة النقض فى ١٩٣٦/٥/٢٠ دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩١ ؟؟ ، مذكرة ماتر أمام محكمة النقض فى ١٩٣٦/٥/٢٠ دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩٣ ؟؟ ، ليون دنيس Léon Dénisse فى دالوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ راجع العمود الأول ص ٣١ ، فالك المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ المرجع السابق ص ٦١٨ ، بلانيول وإسمان المرجع السابق ج ٦ بند ٥٢٤ ، جوسران شرح القانون المدنى طبعة ٣ ج ٢ بند ١٢٨٧ و ٤٩٠ ص ٢٩٦ و ٢٩٧ ، ديموج فى الالتزامات ج ٦ بند ١٨١ ص ١٨٧ وفى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٦ ص ٦٩٢ ، ديفلو المرجع السابق ص ١٠ ؟؟ ، لاكاس المرجع السابق بند ٣٥ ، برنتون فى سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ § ١ A ، مازان المرجع السابق ص ٣٢ ؟؟ ، هوجينى Hugueney =

فهل كانت محكمة النقض إذن مدفوعة بالرغبة فى تفويت سريان التقادم الثلاثى على الدعوى المدنية .

لا يبدو أن هذا أمر محتمل . حقيقة أن النائب العام ماتر أبرز ما فى الحل الجديد من مزايا عملية ، وأبان أن مدة التقادم الثلاثينى تناسب الواقع ، لأن النتائج السيئة لبعض أنواع العلاج قد لا تظهر إلا بعد فترة غير وجيزة من الزمن ، ولكن يبدو مع ذلك أن الحل الذى توجبه النظرية التعاقدية ليس موفقاً من كل ناحية ، فإذا كانت دعوى المريض قبل الطبيب أصبحت لا تسقط إلا بمضى ثلاثين سنة ٢٢٦٢ م فإنه يبقى مع ذلك — كما لاحظ المحامى المترافع فى الطعن — أن دعوى الطبيب قبل المريض تسقط بمضى سنتين لحسب م ٢٢٧٢ وهو ما يظهر عدم التكافؤ .

وما كان لنا إلا أن نتشكك فى أن يكون الدافع على تغيير محكمة النقض لوجهة نظرها ، هو مجرد الرغبة فى تطبيق التقادم الثلاثينى ، بعد أن قرر بيلون — وقد كان المقرر فى هذه القضية أمام دائرة العرائض — أن ملابسات الدعوى كانت أبعد ما تكون ملاءمة لفكرة المسئولية العقدية [١] .

ونحن لا نظن أن محكمة النقض قد قصدت إلى تحقيق أغراض أخرى ،

= فى النشرة الطبية الشرعية سنة١٩٢٨ص١٢٣ ، دونديو دى فابر فى النشرة الطبية الشرعية Annales de medecine legale سنة ١٩٣١ ص ٤١٢ ؛؛ و٧٢٠ ويلاحظ أنه مع اعتباره مسئولية الطبيب عقدية يقر بجواز تطبيق المادة ١٣٨٢ عليها .

قرب من ذلك بران بند ٢٤٠ ؛؛ من المرجع السابق ، برو Bru المسئولية المدنية للأطباء رسالة سنة ١٩١١ ص ٧٦ ؛؛ ، بول ديران P. Durand اتفاقات الاعفاء من المسئولية بند ٥٦ .

ولقد أخذ بالنظرية العقدية فى مصر محمد على امام مسئولية الصراف عن الودائع — رسالة بند ١٣٩ص٣٣٨ ؛؛ ، دكتور وديع فرج بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٣٩٠ ؛؛ خاصة ٣٩٥ و٣٩٦ ، دكتور سليمان مرقص — مجلة القانون والاقتصاد سنة ٧ ص ١٦٢ ؛؛ خاصة ص ١٦٥ ، حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى بند ٤٣٧ ص ٣٠٥ .

(١) بيلون بتوقيع E. P. فى دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ ؛؛ .

فمن حيث مدى المسئولية وعبء الإثبات ، لا يبدو أن محكمة النقض أرادت التجديد . وإذا كانت فيما وراء ذلك مستعدة للقول بأن المسئولية التعاقدية تؤدى إلى غير النتائج التى تؤدى إليها المسئولية التقصيرية ، فهى نتائج بغير شك ذات أهمية ثانوية .

ولقد حاول جوسران فى تقريره ، وبنوع خاص فى بحث لاحق عن الاتجاهات الحالية فى نظرية العقد [١] ، أن يقرب بين النظرية العقدية فى المسئولية الطبية ، والاتجاه العام فى الفقه والقضاء ، إلى التوسع فى فهم محتويات العقد وفى أحوال المسئولية العقدية [٢] ؛ وهو اتجاه حمل عليه جوسران [٣] نفسه وانتقده كثير من الشراح [٤] ، ومع ذلك فهناك اختلاف جوهرى ما بين الأحوال التقليدية التى أحلت فيها محكمة النقض المسئولية العقدية محل المسئولية التقصيرية وبين حالتنا . ففى جميع الأحوال التقليدية ، كانت محكمة النقض ترمى إلى رفع عبء الإثبات عن عاتق المجنى عليه ، وبقيت الاعتبارات النظرية فى المرتبة الثانية من تقديرها . أما فى موضوع المسئولية الطبية ، فإنه على العكس كان تطور القضاء من هذه الناحية — إذا جاز لنا التعبير — من قبيل التبرع ، فهو إحساس بالواقع وإبراز للحقيقة ، وذلك ما دفع محكمة النقض إلى تعديل سلوكها ، فهى لم تفعل أكثر من النزول على حكم الواقع .

(١) دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩١ ؛؛ المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ ص ١ ؛؛ أنظر بند ١٠ ؛؛ خاصة ١٢ ، شرح القانون المدنى ج ٢ طبعة ٣ بند ٤٩٠ ، دالوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٨ العمود الأول فقرة ٢ قرب بيلون فى المرجع السابق .

(٢) قارن اسمان فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٤ . ثلاث مسائل فى المسئولية المدنية ص ٣١٧ ؛؛ أنظر بند ٢١ ص ٣٤٩ حيث يبرر هذا الاتجاه بأن المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية كلاهما تطبيق لنظام عام واحد فى المسئولية .

(٣) فى دالوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٧ أنظر ص ١٨ ابتداء من منتصف العمود الأول ؛ ؛ وفى كتابه فى القانون المدنى طبعة ٣ ج ٢ بند ٤٩١ .

(٤) ريبير النظام الديموقراطى والقانون المدنى الحديث بند ١٦٨ ؛؛ خاصة بند ١٧٠ و ١٧١ .

وخلاصة ما فى حكم محكمة النقض ، أنها قررت أن بين الطبيب والمريض عقداً يلزم الطبيب بعلاج المريض ، وكل إخلال بهذا الالتزام يوجب مسئولية عقدية .

والشطر الأول من تدليل محكمة النقض لم يكن محل نزاع جدى من أنصار نظرية المسئولية التقصيرية ، ومع ذلك فقد نازع أوبرى ورو فى أن العلاقات بين الطبيب والمريض يمكن وصفها بأنها تعاقدية ، ذلك أن تصرفات أرباب المهن لا يمكن أن تكون مورد عقد ، على معنى أن من وعد بها ليس ملزماً بتنفيذ وعده ، فهذه التصرفات لا تقدر بمال ومن ثم فإنها لا تكون بطبيعتها إلا عملا من أعمال المجاملة من قبل من وعد بها [١] .

وهذا الرأى غير مقبول [٢] ، بل لا يمكن فهمه إلا تاريخياً فما كان شراح القانون قديماً يفترضون وجود عقد بين الطبيب والمريض ، لأن إخضاع أرباب المهن الحرة لقيود العقد فيه — على ما يرون — تحقير لهذه المهن ونزع لأخص صفاتها .

على أن التفاوت بين المهن ليس له الآن ما يبرره فكل الأعمال مهما كانت طبيعتها لها كرامتها ، والميزة الوحيدة للمهن الحرة ، ترجع إلى الدراسات الطويلة الشاقة وإلى مستوى الثقافة التى تتطلبها [٣] ، ثم إن القول بأن خدمات الطبيب لا يمكن تقديرها بمال فقد قيمته ، بدليل أن الأطباء

---

(١) أوبرى ورو المرجع السابق طبعة ٥ ج ٤ بند ٣٤٤ ص٥٣٣ ، نيجر المرجع السابق ص ٥٥ .

(٢) ساهو المرجع السابق ص ٣٧ ، لاكاس المرجع السابق بند ١٣٩ ، جرافن المرجع السابق ص ٨٣ ، بلانش روديه المرجع السابق ص ١٩٢ ، هوجينى النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٢٨ ص ١٢٣ ، برو المرجع السابق ص ٤٥ ؛؛ دالوز تحت الحكم الصادر فى ١٩٠٩/١٢/٧ فى دالوز ١٩١٣ — ٢ — ٧٣ تحت رقم ١ .

(٣) Abel — La responsabilité civile des médecins (thèse 1936), p. 51.

أنفسهم لا يحجمون عن المطالبة بأتعابهم [١] .

ولقد نازع البعض فى وجود العقد الطبي من وجه آخر فقالوا إن مورد العقد الطبي لو أقررنا بوجوده هو حياة الإنسان وليست حياة الإنسان محلا للتعامل ، بل ليس من حق المريض أن يضع حياته فى يد شخص كائناً من كان ولو كان طبيباً يتصرف فيها كيف يشاء [٢] .

وهذا المنطق فاسد من أساسه [٣] وغير صحيح فى تدليله ، ذلك أن محل العقد الطبي أن تعلق بحياة الإنسان فهو ليس وعداً بحفظها وإلا كان الطبيب مسئولا دائماً عن وفاة مرضاه ، وهو أمر غير معقول ، ولم يدر فى خَلَـد إنسان أن يحمله هذه المسئولية ، فالطبيب لا يعد بنتيجة مؤكدة وإنما يتعهد قبل المريض بأن يكرس جهوده لعلاجه ولتخفيف آلامه . ولقد قرر القضاء فى مناسبات متعددة أنه لا يصح تقدير الحكم على الطبيب بحسب نتيجة مجهوداته ، ولا يمكن أن يعتبر سبباً لمسئوليته ، كون المريض لم يجن من العلاج الفائدة التى كان ينتظرها [٤] ، إذ أنه لا يسأل عن نتيجة تتضافر على تحقيقها عناصر مختلفة من سن ووراثة وعادات وطبيعة المرض وخطورته [٥] .

وإذا كان من حق الطبيب أن يعد بأكثر من مجرد بذل العناية بالمريض فيتحمل بذلك تبعة أخطار العلاج [٦] فإن محل التزامه يبقى فى جميع الأحوال فعلا مشروعاً إذ أنه لا يعدو جهوداً يبذلها فى سبيل شفاء المريض . ولا يصح أن يقال إن المريض بتعاقده مع الطبيب قد تنازل عن حقه

(١) مازان المرجع السابق ص ٣٤ .

(٢) نيجر المرجع السابق ص ٤ و ٥ .

(٣) ساهو المرجع السابق ص ٣٩ ؛ ٤ .

(٤) باريس ١٩٣٤/١١/٢٠ جازيت باليه ١٩٢٥ — ١ — ١٦٦ .

(٥) ريوم ١٩٢٩/٢/٥ جازيت باليه ١٩٢٩ — ١ — ٦٤٩ .

(٦) وسنرى المناقشات التى دارت حول مشروعية هذا الالتزام فيما بعد .

فى التصرف فى جسمه وهو غير جائز فالمريض يحتفظ بهذا الحق بدليل أنه يشترط أن يحصل الطبيب على رضائه إن كان من شأن العلاج الذى يباشره أن يهدد حياته أو سلامة أعضائه ، فعقد العلاج إذن له محله المشروع ، وهو دفع الأجر من جانب المريض وبذل العناية من جانب الطبيب .

والمحاكم لم تقف عند هذه الاعتراضات ، بل أقرت وجود العقد الطبى منذ القدم ، وإن كان إقرارها بوجوده كان بشأن مطالبة الطبيب بأتعابه [١] لا بخصوص دعوى المسئولية المرفوعة عليه .

أما الشطر الثانى من تدليل محكمة النقض فمبناه أن العقد الطبى يوجب على الطبيب عناية من نوع خاص فإن هو قصر فى القيام بها كانت مسئوليته تعاقدية ونحن نعرف جيداً أنه لا يكفى أن يكون هناك عقد لتكون المسئولية عقدية بل يجب أن يحصل إخلال بتنفيذ أحد الالتزامات الناشئة عنه [٢] فكل مسألة خاصة بالمسئولية العقدية ، تفترض ابتداء تحديد مدى الالتزامات التى ينشئها العقد [٣] ، فإلى أن نتعرف طبيعة المسئولية يجب أن نحدد الالتزامات التى ينشئها عقد العلاج . فعلام ينصب عقد العلاج ؟

---

(١) نقض ٢١ أغسطس سنة ١٨٣٩ سيرى ١٨٣٩ — ١ — ٦٦٣ ، نقض ٨ فبراير سنة ١٩٣٢ دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ — ٢٠٢ .

قرب فى الاقرار بوجود عقد بين الطبيب والمريض . محكمة مصر الجزئية المختلطة فى ٥ مايو سنة ١٩٣٧ جازيت المحاكم المختلطة سنة ٢٩ ص ٣٤٦ رقم ٤٢٨ .

(٢) ومع ذلك يميل ديموج (المجلة الفصلية سنة ١٩٢٣ ص ٦٥٧ الفقرة الأخيرة وما بعدها) الى اعتبار المسئولية عقدية ، متى كان الفعل الضار قد ارتكب بمناسبة العقد ولو لم يكن اخلالا بتنفيذ احد الالتزامات الناشئة عنه .

(٣) مازو طبعة ٣ المرجع السابق ج ١ بند ١٠٥ ، هنرى مازو المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ المرجع السابق بند ١٠ ص ٥٦٩ ، ديموج المرجع السابق ج ٥ بند ١٢٤٣ ، بلانيول ريبير المرجع السابق طبعة ١٢ ج ٢ بند ٨٨٤ ، بلانيول اسمان المرجع السابق بند ٨٣٣ ؟؟ خاصة ص ١٣٩ ، جاردنا وريتشى المرجع السابق ص ٣ بند ٤ ، بيتل المرجع السابق ص ١٥ ؟؟ ، مازان المرجع السابق ص ٣٢ .

ويفرق بران المرجع السابق بند ١٧٤ ؟؟ بين محتويات العقد ومحتويات الالتزام .

قيل إنه ينصب على اتفاق مشروع بين الطبيب والمريض على بذل عناية فى مقابل أتعاب ، فالتطبيق الصحيح للقواعد الطبية لا يدخل فى عداد الالتزامات التى ينشئها عقد العلاج [١] ومن ثم فسئولية الطبيب لا تكون عقدية إلا فى حالتين :

أولا — حالة رفض العلاج بعد التعهد به ، ومثال ذلك حالة الطبيب الذى يتفق مع صاحب مصنع على علاج عماله ثم يرفض بعد ذلك علاج أحدهم [٢] ؛ أو الطبيب الذى يتقاضى أجراً ثابتاً مقابل الخدمات التى يقدمها فى المستشفى ثم يرفض علاج أحد المرضى الذين قبلوا فيه .

وفى سنة ١٨٩٩ قال الأستاذ بروواردل إن الطبيب الذى يعد امرأة بتوليدها مسئول عن التعويضات اللازمة إن هو لم يتقدم لمعونتها فى الوقت الملائم فإذا حصل أن كان وقت طلبه مشغولا بولادة أخرى فعليه أن ينيب عنه زميلا فى إجراء التوليد [٣] .

والمحاكم لا تتردد — تمشياً مع ما أسلفنا — فى الحكم بالتعويض على رجل الفن الذى يتأخر عمداً عن إجابة طلب المريض فيفوّت عليه فرصة الشفاء [٤] ، وإن كانت لا تغفل فى ذلك قواعد المسئولية عموماً ، فهى تشترط قيام الدليل على الضرر وعلاقة السببية [٥] .

---

(١) راجع فى ذلك وجهة نظر الدكتور نيقولا فى الطعن الذى قدمه ضد حكم استئناف إكس فى ١٦/٧/١٩٣١ سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ وفالك المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ٦٠٩ ؛؛ أنظر ص ٦١٦ .

قرب ساهو المرجع السابق ص ١٦٣ و ١٧١ و ص ٢٥ ؛؛ خاصة ص ٣٠ .

(٢) پو ٣٠/٦/١٩١٣ سيرى ١٩١٣ — ٢ — ٢٧٧ دالوز ١٩١٥ — ٢ — ٤٩ .

(٣) بروواردل مذكور فى ساهو المرجع السابق ص ٧٦ .

(٤) أميان ١٦/١١/١٨٥٧ مذكور فى ساهو المرجع السابق ص ٧٧ .

(٥) پو فى أول مايو سنة ١٩٠٠ سيرى ١٩٠٠ — ٢ — ٣٠١ دالوز ١٩٠٢ — ٢ — ٣٣ .

ثانياً — حالة هجر المريض . فقد يترتب على هجر المريض أثناء العلاج أن تتعرض حياته للخطر ، لذلك كان الطبيب ملزماً بإتمام العلاج ، لأنه أوجب على نفسه هذا الالتزام بالعقد الذى أبرمه مع المريض ، ومن ثم فالطبيب الذى يهجر المريض يعتبر مسئولا ومسئوليته فى ذلك عقدية [١] .

وهذا هو رأى ناست حيث قال : إنه إذا كان الطبيب ملزماً تعاقدياً ببذل عناية فهذا أمر لا شك فيه لأن موضوع العقد الطبي هو علاج المريض ومن ثم فالطبيب يرتكب خطأ تعاقدياً إن هو رفض بذل العناية التى وعد بتقديمها أو إن هو هجر المريض أثناء العلاج بغير مبرر جدى [٢] .

ولقد أيدت محكمة استئناف ليون هذا الرأى فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٥ [٣] حيث قررت أنه إذا كان هناك عقد بين الطبيب والمريض ، يلزم الطبيب ببذل عناية والمريض بدفع الأجر ، فإن المسئولية لا تكون عقدية إلا إذا حصل إخلال بأحد هذه الالتزامات بأن لم يبذل الطبيب العناية التى تعهد بها أو قطعها بغير مبرر قوى ، أما فى حالة فشل العلاج فإذا كان راجعاً إلى خطأ من جانبه فإن هذا الخطأ لا يعتبر إخلالا بالتزام تعاقدى وإنما يعتبر إغفالا للواجبات المهنية التى يفرضها الفن الطبي أو بعبارة أخرى خطأ تقصيرياً .

---

(١) پو ٣٠ يونيه ١٩١٣ سيرى ١٩١٣ — ٢ — ٢٧٧ .

(٢) ناست فى دالوز ١٩٣٢ — ٢ — ٥ ، ساهو المرجع السابق ص ٧٥ ؟؟ ، بيتل المرجع السابق ص ٢٧ .

قرب راليبه المرجع السابق ص ٣٨ .

قارن بيلون فى دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ ؟؟ حيث يقول ان العقد الطبي لا يمكن أن يستغرق جميع الأحوال التى يسأل فيها الطبيب . فالعقد يوجب على الطبيب عناية صادقة يقظة متفقة مع الأصول العلمية الثابتة وفى هذه الحدود فقط تكون مسئوليته عقدية . أما اذا خرج الطبيب عن دائرة العقد ليجرى عملية أو ليطبق علاجا تبرر مخاطره حالة ميئوس منها فى هذه الحالة لاشك أن مسئوليته تقصيرية .

(٣) محكمة استئناف ليون فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥ — ١ — ٩١٥ .

والغريب فى هذا الحكم أنه يسلم بوجود عقد يلزم الطبيب بالعلاج دون أن يلزمه بحد أدنى من العناية فى إجرائه [١]. وهكذا كما يقول فالسيمنى إزاء التزام محتمل من الطبيب يوجد التزام بات من المريض ناشىء عن اتفاق وهو ما يظهر عدم التوازن [٢].

ولقد قيل فى تأييد هذا الرأى ، إننا وقد جعلنا العقد الطبي يتضمن الالتزام بتقديم عناية صادقة نيرة حذرة ، وأقررنا فى نفس الوقت أن كل إخلال بهذا الالتزام ، يكون جريمة جنائية ، فإننا نصل حتما إلى اعتبار الطبيب ملزماً بموجب العقد بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل أجر معين ؛ فأى قيمة لمثل هذا الاتفاق ؟ وهل مما يتفق مع النظام العام أو الآداب أن يكون من حق الطبيب المطالبة بأتعابه لأنه امتنع عن ارتكاب جريمة [٣] ! الواقع أن الالتزام بما يرضى الضمير وما يتفق هو والأصول العلمية لا يمكن أن يكون التزاماً تعاقدياً .

وظاهر ما فى هذه الحجة من مغالطة فالطبيب يستحق الأجر على عمل تعهد بالقيام به على نحو خاص وهو وضع مشروع من غير شك أما أن القانون رتب جزاء على إهماله فى القيام بالتزامه فليس معناه أن سبب استحقاقه للأجر هو تعهده بالامتناع عن جريمة ، فمثله فى ذلك مثل المودع لديه يلتزم برد الوديعة والتزامه لا شك مشروع وإن كان القانون قد اعتبر الإخلال به خيانة أمانة .

ولكن أنصار المسئولية التقصيرية عمدوا إلى حجج ثلاث لتأييد رأيهم :

الأولى — كون المسئولية الطبية ذات صبغة فنية

فسواء ارتبط الطبيب بعقد أم لا فهو ملزم بأن يرعى واجب الضمير

---

(١) مازان المرجع السابق ص ٤٠ .

(٢) فالسيمنى Falcimaigne تحت نقض ٣ مارس ١٩٢٦ فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ٩٣ عمود ٢ .

(٣) ساهو المرجع السابق ص ٢٠٩ .

والأصول العلمية فى الفن الطبي ، ولكن كل ما يتعلق بالضمير أو بالعلم الطبي مناطه البحث فى قواعد المهنة وهى خارجة عن دائرة العقد [١] .

والدليل على ذلك أن القضاة ، إذا رفعت إليهم دعوى ضد طبيب أو جراح ، لا يبحثون فى ثنايا العقد عن الالتزامات التى يوجبها على الطبيب بل يلجأون إلى أهل الخبرة ليحيطوهم علماً بالالتزامات التى لا يمكنهم أن يتبينوها بين سطور العقد . فالطبيب الذى يسىء علاج مرضاه يخل بالتزام قانونى مهنى ، لا بالتزام تعاقدى ولا يمكننا اعتبار المسئولية عقدية إلا إذا كانت المحاكم ترجع فى تقدير الخطأ إلى النية المشتركة للطرفين ، وهذا ما لا تفعله ، فهى لا تفسر العقد وإنما تبحث ما إذا كان الطبيب قد نفذ الالتزامات التى تفرضها عليه القواعد المهنية . ولا يمكننا إلا بمسخ العقد أن نتكلم عن المسئولية العقدية ما دمنا أمام التزام بعيد عن إرادة الطرفين وإنما فرضه القانون والعادات والقضاء ؛ بل ولا نستطيع أن نقول ذلك إلا بالالتجاء إلى الحيلة بأن ننسب للطرفين إرادة لم تكن لهما [٢] .

حقاً إن محكمة النقض وبعض محاكم الاستئناف لم تتردد فى الالتجاء إلى حيلة مماثلة لتحمّل بعض العقود بالالتزام بالسلامة ، ولكن ليس محلا للشك أن الحيلة كان لها ما يبررها ، إذ اقتضتها ضرورات عملية أوجبت أن يقلب عبء الإثبات لصالح المجنى عليه فى حادثة تطرأ أثناء تنفيذ العقد ، كما هو ظاهر بوضوح من أحكام محكمة النقض فى مسئولية متولى النقل [٣] .

---

(١) ليون ١٩ مارس سنة ١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥ — ١ — ٩١٥ ، ساهو ص ١٧١ . ووجهة نظر الدكتور نيقولا فى قضية النقض ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ نقلا عن تقرير جوسران فى دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩١ ؟؟ .

قرب بران بند ٢٤٤ و ٢٤٥ من المرجع السابق وكاميرمان المرجع السابق ص ٣٥ .

(٢) بيتل المرجع السابق ص ٢٣ ؟؟ ، مارتان المرجع السابق ص ١٧٢ و ١٧٣ ، ناست تعليق فى دالوز ١٩٣٢ — ٢ — ٥ ، بوميرول — المسئولية الطبية أمام المحاكم ص ١٧ .

قرب نيجر المرجع السابق ص ٥١ و ٥٥ .

(٣) نقض ١٩١٣/١/٢٧ ، ١٩١٣/٤/٢١ فى دالوز ١٩١٣ — ١ — ٢٤٩ . وتعليق سارو وجرينوبل ١٩٢١/٣/١٥ دالوز ١٩٢٢ — ٢ — ٢٥ .

ولو أن تفسير المادة ١٣٨٤ فقرة أولى فى المسئولية عن حراسة الأشياء كان قد وصل إلى ما وصل إليه الآن المشرع لكان من الممكن ألا يلجأ القضاء إلى الحيلة قصد الوصول إلى تلك الغاية . وهذا سبب آخر للشك فى الصفة العقدية للمسئولية الطبية إذ ليس لهذه الصفة أية فائدة من حيث عبء الإثبات . ولكن الحيلة القانونية التى لا تدعو إليها ضرورة من المصلحة العملية يجب استبعادها وظاهر أن الادعاء بأن الطبيب قد تعهد بتعويض الأضرار التى قد يحدثها أثناء العلاج هو محض افتراض ومجرد حيلة [١] .

ولكن هذه الحجة غير مقنعة فإن التزام الطبيب بحسن العلاج لا شك فى أنه التزام عقدى فكل من الطبيب والمريض قد قصد اعتباره المورد الأساسى لعلاقاتهما ولا يهم بعد ذلك وصف الالتزام بأنه مهنى [٢]. فالتزام الطبيب يوجده العقد ، وإن كان المريض يجهل كيفية الكشف عليه وطريقة

---

(١) بيتل المرجع السابق ص ٢٥ و ٢٦ ، ناست فى دالوز ١٩٣٢ — ٢ — ٥ .

(٢) مازو طبعة ٣ ج ١ فى المسئولية هامش ٧ ص ١٨٩ بند ٢٠٦/٢ و ٥٠٨ ، بيلون بتوقيع E. P. فى دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ ، فالك المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ٦٠٩ ؛ ؛ من المرجع السابق راجع ص ٦١٨ ، لا كاس المرجع السابق بند ٣٥ ، مازان المرجع السابق ص ٤٧ و ٥٣ ، وديع فرج — المسئولية المهنية — محاضراته غير المطبوعة فى قسم الدكتوراه سنة ١٩٤٣ ، بريتون تحت نقض ١٩٣٧/٧/١٣ فى سيرى ١٩٣٩ — ١ — ٢١٦ . قرب فان رين المرجع السابق بند ١٥٩ ومحمد على امام — مسئولية الصيارفة عن الودائع ص ٣٣٩ .

ولقد نصت القوانين الحديثة م ٦١١ م الماني و ٣٦١ التزامات سويسرى على أن محل عقد ايجار الأشخاص قد يكون خدمة من أى نوع وبذلك فهو يشمل الخدمات اليدوية والخدمات التى يؤديها أرباب المهن الحرة .

ولقد لاحظ جوسران فى تقريره الذى قدمه لمحكمة النقض (دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩١ ؛؛) أن وصف التزامات الطبيب بأنها مهنية لا يمكن أن يخرجها عن دائرة العقد ، والا فان نفس الحجة يمكن أن تقال بالنسبة لمسئولية متولى النقل وشركات التأمين وكلاهما مسئولية مهنية من الدرجة الأولى ومع ذلك لم يدع أحد أنها من أجل ذلك التزامات قانونية . فالمهنة قد ينشأ بمناسبتها عقد منتج لالتزامات إن حصل الاخلال بها كانت المسئولية عقدية .

العلاج ، فليس معنى ذلك أنه يجهل ما يتفق عليه مع الطبيب إذ هو يعلم أن الطبيب بقبوله علاجه قد تعهد بأن يبذل عناية معينة فى ذلك تتناسب مع مركزه فى مهنته فيعالجه بذمة طبقاً لما يتوقعه المريض منه من قدرة علية وكفاية فنية وخبرة فى مهنته . أما أن اعتبار المسئولية الطبية عقدية ليس له ما يبرره عملياً فإن صح فيما يتعلق بعبء الإثبات فليس الأمر كذلك فى التضامن ومدى التعويض .

وقد يؤيد هذا الرأى ، أن المسئولية الطبية يجب أن تقدر فى أهم نواحيها — أعنى من حيث تطبيق الأصول الطبية — بمعيار واحد فإذا كانت مسئولية الطبيب تقصيرية بغير شك ، إذا لم يكن هناك عقد بينه وبين المريض ، فيجب أن تبقى كذلك ولو كان هناك عقد .

ونحن لا نظن أن هذا التدليل دامغ . لا شك أن هناك عنصراً ثانياً فى مسئولية الطبيب ، ولكن هذا الثبات لا يفترض حتما كون مسئوليته تقصيرية ، فمن المفهوم أنه إذا لم يوجد هناك عقد فالطبيب مسئول تقصيرياً إن هو لم يرع الأصول الطبية . ولكن إذا كان هناك عقد فليس ثمة ما يمنع من اعتبار نفس السلوك موجباً للمسئولية العقدية بل هذا هو الوضع الطبيعى فمتولى النقل عليه أن يرعى شروط السير فى الطرقات العامة وهذا لا يمنع من اعتبار مسئوليته عقدية إذا أخل بأحد هذه الشروط فنشأ عن ذلك تلف للبضائع التى ينقلها [١] .

وقال البعض [٢] إن الخطأ المهنى لا يمكن إلا أن يكون خطأ جسيماً ومن ثم يشبه بالعمد ومعروف أن الخطأ العمدى يسبب مسئولية تقصيرية ولو حصل أثناء تنفيذ عقد .

---

(١) بريتون — تعليق فى سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ .

(٢) بران المرجع السابق بند ٢٤٥ و ٢١٥ !! . وهو يقول إن الخطأ الفنى لو ارتكبه فرد عادى لما كانت له مسحة الجسامة ولكنه يصبح كذلك لأن من ارتكبه شخص تفرض عليه المهنة يقظة خاصة .

وانظر ميمين فى دالوز ١٩٣٨ — ١ — ٢٨ .

وهذا التدليل يأتيه الخطأ من كل ناحية [١] . فليست الأخطاء على درجات متفاوتة ، وليس منها الجسيم ولا اليسير [٢] ، ومع ذلك فلو سلمنا جدلا بوجود هـذا التدرج فى الخطأ ، فليس صحيحاً أن الخطأ المهنى خطأ جسيم حتما [٣] ، إذ لا يفهم كيف يوجد التدرج فى الأخطاء العـادية دون المهنية ، فلا غرو أن رفضت محكمة النقض الفرنسية [٤] أن تعتبر الخطأ الجسيم وحده هو الذى يوجب مسئولية الطبيب .

والآن لو صح أن كل خطأ يصـدر من الطبيب هو خطأ جسيم حتما — وهو غير صحيح كما رأينا — فهل معنى ذلك أنه يشبه بالعمد ؟

الواقع أن تشبيه الخطأ الجسيم بالعمد ، أمر تأباه الطبيعة الداخليه لكل منهما ، فأياً كان التعريف الذى نعطيه للخطأ الجسيم ، فهو لا ينطوى على تعمد الاضرار من جانب المسئول ، فالخلاف بينـه وبين العمد كبير من الناحية الأدبية [٥] .

---

(١) مازو طبعة ٣ ج ١ بند ٢٠٣ الى ٢٠٦/٢ ، بريتون فى سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ .

(٢) وهو ما سنتولى شرحه لدى بحث ركن الخطأ فى المسئولية الطبية .

(٣) جوسران فى دالوز ١٩٣٣ — ١ — ٥٠ العمود الأول فقرة ٧ مازو ج ٣ بند ٢٥٢٤ ، محمد على امام المرجع السابق بنـد ١٤٠ ص ٣٤٢ ؟؟ ، دكتور وديع فرج فى محاضراته غير المطبوعة لقسم الدكتوراه سنة ١٩٤٣ فى المسئولية المهنية ، ديموج ج ٥ بنـد ١٢١١ ؟؟ ، لالو المرجع السابق بند ٢١٤ ، دوران المرجع السابق ص ٤٦٤ ، فوازينيه المرجع السابق ص ٣٦١ ؟؟ ومع ذلك انظر فى هـذه الرسالة الاعتبارات التى أوقعت بعض الفقهاء فى الخلط بين الخطأ المهنى والخطأ الجسيم . مارتان المرجع السابق ص ٦٥ .

(٤) انظر بنوع خاص نقض ١٩١٩/٧/٢١ سيرى ١٩٢٢ — ٢ — ١١٣ دالوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ والبازيكريزى البلجيكية ١٩٢٠ — ٢ — ٢٢٢ . وقارن قضاء مجلس الدولة الذى اشترط الخطأ الجسيم فى هـذه الحالة . ١٩٣٥/١١/٨ سيرى ١٩٣٦ — ٣ — ١٢٧ ، ١٩٣٧/٥/١٢ سيرى ١٩٣٨ — ٣ — ٧٢ وراجع پول دويز — مسئولية السلطة العامة طبعة ١٩٢٧ ص ٢٢ ؟؟ وبونارد مختصر القانون الادارى طبعة ١٩٣٥ ص ٩٣ .

(٥) مازو فى دالوز الأسبوعى ١٩٣٣ — ٤٩ ؟؟ تحت عنوان تشبيه الخطأ الجسيم =

وإذا كانت الضرورات العملية قد اقتضت من حيث الإثبات ، تشبيه الخطأ الجسيم بالعمد [١] ، حتى يسد السبيل على من يتعمدون الخطأ فلا يفلتوا من تحمل تبعة غشهم ، بادعاء أنهم لم يقصدوا الغش وإنما كان إهمالهم جسيما [٢] ، فإن هذه الضرورات لا محل لها فى دائرة الخطأ المهنى [٣] .

= بالعمد راجع على وجه الخصوص ص٥٣ . ومازو فى المسئولية المرجع السابق طبعة ٣ ج ١ بند ٤١٤ و ٦٧٥ /٢ خاصة الفقرة الأخيرة ص ٧١٥ و ج ٢ بند ٢٥٢٣ ، جوسران فى دالوز ١٩٣٣ — ١ — ٥٠ العمود الأول فقرة ٦ و ص ٥٢ العمود الأول فقرة ٣ ، فوازينيه المرجع السابق ص ٤١٢ ؟؟ ، ريبير القاعدة الخلقية فى الالتزامات ص ١٦٣ ، دكتور وديع فرج فى محاضراته غير المطبوعة فى المسئولية المهنية التى ألقيت فى قسم الدكتوراه سنة ١٩٤٣ ، بلانيول ريبير ج ٧ بند ٨٦٣ ، كولان وكابيتان طبعة ٧ ج ٢ بند ١٠٥ و ١٧٧ وبونارد اشتراطات عدم المسئولية ص ١٤ .

قارن اسمان فى سيرى ١٩٣٣ — ١ — ٢٩٠ العمود الثانى فى الآخر وهوجينى فى سيرى ١٩١٥ — ١ — ١١٣ حيث يقول : **«La faute lourde si elle n'est pas dans son essence absolument assimilable au dol le fait au moins présumer ; elle est sur le terrain du droit civil l'analogue de ce dol eventuel dont s'occupent les criminalistes».**

(١) مع أن جوسران (فى دالوز ١٩٣٣ — ١ — ٥٢ العمود الأول) ينازع فى أن هذه الضرورات كافية لهدم المبدأ الأساسى الذى بنيت عليه جميع الشرائع والذى يقضى بأن الأصل فى الانسان حسن النية وأن سوء النية لا يفترض .

وقارن ذلك بما يقوله فوازينيه المرجع السابق ص ٤٢٠ ؟؟ وفان رين المرجع السابق ص ١٨٥ ؟؟ وبونارد — اشتراطات عدم المسئولية ص ١٤ و ٢٢٥ وهم مع تسليمهم بأن الغش لا يفترض ، يقررون أنه مسألة نفسانية لا يمكن أن يقوم الدليل عليها الا من مظاهرها الخارجية ومن ثم فلا مانع عندهم من أن يتخذ القاضى من جسامة الخطأ قرينة على العمد على أن تبقى هذه القرينة خاضعة لتقديره فلا تفرض عليه فرضا .

(٢) مازو بند ٤١٤ و ٢٥٢٣ من المرجع السابق ومازو فى تشبيه الخطأ الجسيم بالعمد دالوز ١٩٣٣ ص ٥٣ ، هوجينى فى سيرى ١٩١٥ — ١ — ١١٣ ، اسمان فى بلانيول بند ٥٦٨ ، اسمان فى سيرى ١٩٣٣ — ١ — ٢٩١ العمود الأول . قارن فان رين المرجع السابق ص ٩٥ .

(٣) بريتون فى سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ ، محمد على امام المرجع السابق بند ١٤٠ ص ٣٤٢ ، مارتان المرجع السابق ص ٧٢ و ٧٣ . وظاهر أنه لما كان تشبيه الخطأ الجسيم بالعمد قد مبنى على قرينة واقعية فان هذه القرينة تنهار اذا وجدت قرينة مضادة إذ القرائن القانونية فقط هى التى لا تقبل الدليل العكسى (راجع مازو فى دالوز الأسبوعى المرجع السابق سنة ١٩٣٣ ص ٥٣) .

فالغش لا يخشى أمره عادة من أرباب المهن ولا سيما الأطباء الذين عرفوا بإخلاصهم لمرضاهم وتفانيهم فى عملهم الإنسانى الجليل ؛ فإذا تسبب الطبيب فى إحداث ضرر لمريضه فهناك ما يدعو إلى الاطمئنان إلى أنه لم يتعمد هذا الضرر فلا محل لتشبيه الخطأ الجسيم الصادر منه بالعمد [١] .

وأخيراً هل من الحق أن يقال إن الخطأ العمدى إذا ارتكب أثناء تنفيذ عقد يوجب المسئولية التقصيرية ؟

يقول بران [٢] ، إن من يرجع إلى نصوص القانون ، يجد أن الشارع مال إلى معاملة المدين الغاش معاملة أشد من التى توجبها المسئولية العقدية ؛ فمثلا المادة ١١٥٠ من القانون المدنى الفرنسى [٣] . أوجبت على المدين أن يعوض الدائن فى حالة الغش ، حتى عن الضرر غير المتوقع ؛ والمادة ١١٥٣ تعطى للدائن بمبلغ من المال الحق فى مطالبة المدين الذى يتأخر فى الوفاء بسوء نيه بالتعويضات اللازمة فوق فوائد التأخير التى يستحقها . وهكذا نرى أن القانون طبق فى دائرة العقد قواعد خاصة بالمسئولية التقصيرية . ولقد أبان جوسران [٤] أن المدين الذى يتعمد الإخلال بعقد يخرج بذلك عن دائرة العقد ويصبح غير جدير بأن يعامل معاملة أحسن من الغير فإن النظام التعاقدى وقد بنى على الثقة لا يبقى مع خيانة من ادعوا إنشاءه ، فالغش نحو العقد كما يقول بران [٥] كالغش نحو القانون كلاهما يمنع من التطبيق الطبيعى للقواعد العامة .

---

(١) أنظر هامش ٣ من الصفحة السابقة .

(٢) بران المرجع السابق بند ٢١٥ ص ٢٤١ ، جوسران فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٨ العمود الأول الفقرة الأخيرة .

(٣) وهى تقابل المادة ١٢٢ من القانون المدنى و ٢٢١ م حديث .

(٤) جوسران فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ انظر ص ١٠٨ العمود الأول .

(٥) بران — المرجع السابق ص ٢٤٩ بند ٢٢٢ .

فلو أن أحد الطرفين تعمد الخروج فليس من العدل أن نخول له الحماية التي يعطيها النظام التعاقدي . فالقانون لم يضع نظاماً رحيماً ليحمى وراءه سيئ النية [1] .

لكن الواقع أن هذا التفسير غير صحيح ، فلا مجال هنا لتطبيق أحكام المسئولية التقصيرية [2] إذ لم يقصد الشارع حين خرج فى حالة الغش عن قواعد المسئولية التعاقدية أن يعطى الدائن الحق فى استعمال الدعوى التقصيرية وإنما أراد التشدد مع المدين للغش الذى وقع منه .

ويقول مازو [3] فى الرد على حجة جوسران إنه ما من شك فى أن الطرفين عند ما يتعاقدان إنما يلحظان أولا وقبل كل شىء عدم التنفيذ العمدى وإنهما قصدا بداهة تطبيق القواعد العقدية لا التقصيرية التى تختلف عنها . فغش المدين كما يقول لابيه [4] لا يغير من طبيعة دينه .

= وهنا يلاحظ أن بران يعتبر هـذه الحالة من حالات الجمع التى يجوز فيها للدائن أن يتمسك بأى نوع من المسئوليتين .

راجع أيضا جوسران — البواعث على التصرفات القانونية بند ١٧١ ؟؟ .

(١) بران المرجع السابق ص ٢٤٩ بند ٢٢٢ .

(٢) لابيه فى سيرى ١٨٨٦ — ١ — ٥ وفى سيرى ١٨٨٥ — ٤ — ٢٥ انظر ص ٢٦ عمود ٣ فقرة ٤ ، وديع فرج محاضراته غير المطبوعة لقسم الدكتوراه سنة ١٩٤٣ فى المسئولية المهنية ، بونيه المجلة الانتقادية ١٩١٢ المسئولية التقصيرية والعقد ص ٤١٨ ؟؟ انظر ص ٤٣٣ و ٤٣٤ ، بيرو فى سيرى ١٩١١ — ١ — ١٠٦ عمود ٣ ، مازو المرجع السابق فى المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ ص ٦٦٦ بنـد ١١٠ ، محمد على امام المرجع السابق بند ١٤٠ ص ٣٤١ ، بلانيول اسمان ج ٦ بند ٤٩٤ ص ٦٨٦ .

(٣) مازو فى المسئولية ج ١ طبعة ٣ بند ٢٠٥ ، مازو فى المجلة الفصلية سـنة ١٩٢٩ المرجع السابق ص ٦٦٦ بند ١١٠ . عكس بران المرجع السابق ص ٢٤٨ و ٢٤٩ بنـد ٢٢٢ .

(٤) لابيه فى سيرى ١٨٨٦ — ١ — ٥ عمود ثانى فقرة ٣ راجع بران المرجع السابق ص ٢٢١ و ٢٢٢ . والواقع أن الخلاف بيننا وبين أنصار المسئولية التقصيرية يمكن رجعه الى تعريف الخطأ التعاقدى نفسه . فالبعض رأى أن الخطأ التعاقدى هو الإخلال بتنفيذ التزام من الالتزامات الناشئة عن العقد بغض النظر عن البواعث التى حدت بالمتعاقد الى ذلك . =

الحجة الثانية — كون كل جريمة جنائية نشأ عنها ضرر للغير توجب المسئولية التقصيرية :

وهناك نظرية كانت سائدة فى القرن الماضى [1] ولها إلى الآن أنصارها [2] مقتضاها أن كل جريمة جنائية نشأ عنها ضرر للغير توجب المسئولية التقصيرية تغليباً للناحية الجنائية فى الموضوع .

فهل لا يمكن تطبيق هذه النظرية على المسئولية الطبية ؟

كلما كان الخطأ المنسوب للطبيب قد تسبب عنه وفاة مريض أو مساس بسلامة جسمه أو صحته فإن المادتين ٢٣٨ و ٢٤٤ من قانون العقوبات تنطبقان [3] ، لا شك أن الطبيب يتمتع عادة بحصانة جنائية [4] ولكن هذه الحصانة منوطة بالتزامه أصول المهنة فإذا أخل بهذا الالتزام كان مسئولا جنائياً ، ولو أننا سلمنا بأن كل جريمة ينشأ عنها ضرر للغير توجب

= والبعض رأوا ألا يقفوا عند هذا التقدير المادى للخطأ التعاقدى بل عمدوا إلى تحليل سلوك المتعاقد جرياً وراء البواعث التى انتهت به إلى الإخلال بالتزامه . ولا تطبق عليه قواعد المسئولية التعاقدية إلا إذا قصد أن يسلك على اعتبار أنه متعاقد أما إذا قصد أن يتخذ من العقد وسيلة لتنفيذ إرادة غير مشروعة فلا تكون مسئوليته تعاقدية وهى النظرية التى نادى بها راميلا وعلق عليها ديموج (ج ٥ بند ١٢٤٣) ولكنها باعتراف بران نفسه ، وهو من أنصار المسئولية التقصيرية ، لم تلق قبولا من المحاكم لأنها تثير أبحاثا فى النيات ينبغى الابتعاد عنها حين البحث فى الخطأ التعاقدى .

(١) ديمولومب ج ٨ بند ٤٧٨ ، لارومبيير م ١٣٨٢ بند ٩ ص ٥٤١ ؟؟ طبعة ١٨٨٥ ، بارتان فى أوبرى ورو طبعة ٥ ج ٦ ص ٣٧١ هامش ٧ ، لوران ج ٢٠ بند ٤٦٣ ص ٤٩٤ طبعة ٤ ، لابيه تحت نقض ١٨٨٥/١١/٢٣ سيرى ١٨٨٦ — ١ — ٥ يراجع عمود ٢ ص ٦ .

(٢) لالو طبعة أولى بند ٢٦٦ و ٢٦٧ فى المسئولية المدنية وطبعة ٣ بند ٦٢٢ و ٦٢٣ ، بران المرجع السابق بند ٢٠٦ ؟؟ ، ديموج سيرى ١٩٢٤ — ١ — ١٠٦ عمود ٣ .

(٣) جارسون فى التعليق على قانون العقوبات م ٣١٩ و ٣٢٠ بند ٩ .

(٤) جارسون المرجع السابق م ٣٠٩ إلى ٣١١ بند ٨٠ ، م ٣١٩ ، ٣٢٠ بند ١٨٩ ؟؟ .

إعمال المادة ١٥١/١٦٣/٨٢—١٣٨٣م فإن تطبيقها على الأطباء يصبح أمراً طبيعياً رغم أن ديموج شعر بالحرج فى إخضاع الجرائم غير العمديه لهذا النظام [١].

ولكن المبدأ فى ذاته محل نظر فإن أنصاره يقولون إن عدم تنفيذ العقد إذا تضمن جريمة كانت له ناحيتان، كونه جريمة وكونه إخلالا بالتزام. فالعقد أنشأ احتمالا لارتكاب الجريمة ولكن لا يمكن القول بأن الجريمة ناشئة عن العقد . ويؤيدون رأيهم بالاستناد إلى المادة ٣ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسى التى تقابل المادة ٥٢ و ٥٤ من قانون تحقيق الجنايات الأهلى . وهى تقرر أن الدعوى المدنية يمكن أن تنظر فى نفس الوقت مع الدعوى العمومية أمام القاضى الجنائى . ولقد رد عليهم مازو بحق إذ قال إن التفرقة بين عدم تنفيذ العقد والجريمة الجنائية أمر دقيق فهناك فعل واحد وهو عدم تنفيذ العقد ولكن عدم التنفيذ معاقب عليه ولا يعقل أن هذا الظرف يكون سبباً كافياً لتعديل القواعد المدنية الواجبة التطبيق فالجريمة شىء والمسئولية المدنية شىء آخر والادعاء بغير ذلك هو إنكار للتفرقة الأساسية بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية وترتيب آثار للصفة الجنائية لا محل لها فى الدائرة المدنية [٢] أما فيما يتعلق بالمادة الثالثة من قانون تحقيق الجنايات فيكفى أن نلاحظ أن هذا النص يحدد الشروط اللازمة لمباشرة الدعوى المدنية لا لوجودها دون أن نحتاج إلى أن نقرر أن التعبير بالدعوى المدنية ليس قاصراً على الدعاوى الناشئة عن المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣/١٥١/١٦٣م .

---

(١) ديموج فى سيرى ١٩٢٤ — ١ — ١٠٥ راجع ص ١٠٦ عمود ٣ وفى المجلة الفصلية سنة ١٩٢٣ ص ٦٥٣ .

(٢) مازو فى المسئولية ج ١ طبعة ٣ بند ٢٠٢ ، هنرى مازو فى المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ المرجع السابق بند ١٠٧ ص ٦٦٣ ، بلانيول ريبير اسمان بند ٤٩٤ هامش ٤ ، دوران المرجع السابق ص ٣٩٨ بند ١٥٣ ، بريتون فى سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ .

الحجة الثالثة — قد يستند أخيراً الى فكرة النظام العام :

حقاً إن المادة ١٥١/١٦٣/١٣٨٢م ليست من النظام العام على معنى أن تطبيقها لا يمكن استبعاده بتطبيق المسئولية التعاقدية ، ولكن ألا يمكن أن تصبح كذلك فى بعض الظروف وبنوع خاص إذا كان الفعل الضار قد مس حياة الأشخاص أو سلامة أبدانهم ، ألا يجب فى مثل هذه الظروف تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية دون غيرها [1] .

أما عن تعلق المسألة بالنظام العام فهذا أمر لا يبدو محل شك لحياة الإنسان وسلامة جسمه أمر يهم المجتمع بأسره . ولكن هل تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية أمر لازم لحماية مصلحة المجتمع . الواقع أن ما تتطلبه مصلحة المجتمع هو أن يكون للمسئولية مدى خاص وأن يكون لالتزام أحد الطرفين حد أدنى لا يمكن النزول عن مستواه باتفاق الأفراد . ولكن هذه النتيجة يمكن الوصول إليها بتطبيق أحكام المسئولية العقدية . فمن المفهوم أن العقد لا يمكن أن يعفى الطبيب من مراعاة أصول المهنة ففكرة النظام العام تبين الحد الأدنى لالتزامات الطبيب وهى لا توجب إعمال أحكام المسئولية التقصيرية [2] .

وقد حصل الاستناد إلى فكرة النظام العام بوجه آخر فقيل إن التزامات الطبيب لا تخضع لإرادة الطرفين فلا سبيل إليهما لإنشائها أو لتغييرها لأنها متعلقة بالنظام العام وعقد العلاج شبيه من هذه الناحية بعقد الزواج فكلاهما يضع المتعاقدين فى مركز قانونى منظم لا يستطيعان المساس به ومن ثم يبدو أنه يختلف عن سائر العقود — حيث يتمتع الطرفان بحرية واسعة فى تحديد شروط العقد ومحتوياته — ليس فى الدرجة فحسب وإنما هو فى الطبيعة

---

(١) قرب ساهو المرجع السابق ص ٣٠ .

(٢) بريتون فى سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ .

أيضاً ويخطىء فقهاء القانون المدنى إذ يريدون إدخاله ضمن نطاق العقد العتيق (١) .

وكأنى بمن قال بهذا الرأى قد تأثر بآراء دوجى حيث فرق بين التصرفات القاعدية والتصرفات التى تقوم مقام الشرط والتصرفات الذاتية (٢) .

فأدخل فى النوع الأول كل تصرف من شأنه إحداث تعديل فى القواعد القانونية دون مساس بشخص أو أشخاص معينين بالذات كمنح امتياز واتفاق العمل الجامع وهى تصرفات لها صبغة مادية بحتة (٣) .

وأدخل فى النوع الثانى كل تصرف من شأنه أن يخضع فرداً لقاعدة قانونية لم تكن سارية عليه من قبل أو يضعه فى مركز قانونى جديد . وتدور هذه التصرفات بين المادية والشخصية ومثالها التعيين فى وظيفة عامة والزواج (٤) .

وأدخل فى النوع الثالث كل تصرف منشىء لالتزام خاص محدد ومؤقت على عاتق شخص أو أشخاص معينين أو بعبارة أخرى كل تصرف يخلق مركزاً قانونياً ذاتياً (٥) . وهذه التصرفات ذات صبغة شخصية محضة ومثالها الأول العقد بالمعنى الصحيح .

---

(١) مارتان المرجع السابق ص ٤٥ الفقرة الأخيرة وما بعدها الى ص ٤٨ ، وقرب ص ١٧٥ .

(٢) دوجى مطول القانون الدستورى طبعة ٣ ج ١ بند ٦٤ و ٦٦ حيث بين أن التصرفات القانونية واحدة فى دائرتى القانون الخاص والعام .

(٣) دوجى المرجع السابق بند ٣١ ص ٣٢٧ ، بونارد الموجز فى القانون الادارى طبعة ١٩٣٥ ص ٣٥ ، جيز المبادىء العامة فى القانون الادارى طبعة ٣ سنة ١٩٢٥ ص ٢٨ .

(٤) دوجى المرجع السابق ص ٣٢٨ بند ٣١ وهنا يشبه أنصار المسئولية التقصيرية عقد العلاج بعقد الزواج ، بونارد المرجع السابق ص ٣٦ ، جيز المرجع السابق ص ٣٨ ؟؟

(٥) دوجى المرجع السابق ص ٣٢٩ بند ٣١ وكذلك بند ٢٩ ص ٣١٢ فى تعريف المركز القانونى الذاتى ، جيز المرجع السابق ص ٤٤ ؟؟ ، بونارد المرجع السابق ص ٣٥ .

ولقد رتب على هذا التقسيم تقسيما آخر للاتفاقات إذ ميز بين العقد الذاتى وبين الاتفاق الجامع والاتفاق الاتحادى [١] مقرراً أن النوعين الأخيرين من الاتفاق لا يوجدان لا رابطة ذاتية ولا عرضية بل مركزاً قانونياً منظماً فلا تناقض بين مصالح طرفى الاتفاق [٢] . أما النوع الأول وهو العقد بالمعنى الصحيح فيمتاز بحصول اتفاق بين إرادتين — بعد مفاوضة واتصال — على إنشاء رابطة ذاتية وعرضية بين شخصين يرمى كل منهما إلى تحقيق مصلحة خاصة به مخالفة لمصلحة الآخر كالبيع والإيجار [٣] .

وهو إذ ينكر صفة العقد على ما عدا العقد الذاتى [٤] يفرق بين دور الإرادة فى التصرفات القانونية [٥] ولا يقر بوجود عقد إلا إذا انطوى التصرف .

أولا : على حرية فى اختيار التعاقد .

ثانياً : على حرية فى تحديد الالتزامات التى ينشئها العقد [٦] .

---

(١) فالعقد الذاتى يتم بتصرف ذاتى أما الاتفاق الجامع والاتفاق الاتحادى فيتمان بأحد التصرفين الآخرين أو بهما معاً . بونارد المرجع السابق ص ٤٠ و ٤١ .

(٢) دوجى المرجع السابق بند ٣٩ و ٤٠ ، بونارد المرجع السابق ص ٣٩ .

(٣) دوجى المرجع السابق بند ٣٨ خاصة ص ٣٨١ و٣٨٣ . كذلك كتاب التطورات العامة فى القانون الخاص لدوجى ص ١١٩ ، بونارد المرجع السابق ص ٣٩ و ٤٠ ، جيز المرجع السابق ص ٤٠ الى ص ٤٢ .

(٤) دوجى المرجع السابق فى القانون الدستورى بند ٣٨ ص ٣٨٤ ؟؟ وبنوع خاص فى نفى صفة العقد عن الاتفاق الجامع بند ٣٩ خاصة ص ٤٠٠ وآخر ص ٤٠١ ؟؟ وفى نفى صفة العقد عن الاتفاق الاتحادى بند ٤٠ ص ٤٠٩ ؟؟ . وفى نفس المعنى بونارد المرجع السابق ص ٤١ .

(٥) دوجى المرجع السابق بند٣٢ من ص ٣٣٣ الى ٣٣٦ وراجع أيضا فى دور الارادة فى العقود بند ٣٨ ص ٣٨٥ وص ٤٠٩ بند ٤٠ .

(٦) راجع فى تأييد الرأى والدفاع عنه مقال شفاليه فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ٦٢ ص ٢٢١ ؟؟ من القسم الأوربى .

وقرب فى نفس المعنى بونارد المرجع السابق ص ٤١ .

وإنا لنلاحظ ، دون أن نتعرض لمختلف الانتقادات التى وجهت لآراء دوجى فى هذه الناحية [١]، أن المعيار الذى اتخذه للالتزامات التعاقدية لا يخلو عن شىء من التحكم وإلا فكيف تعتبر قانونية الالتزامات التى لا يخضع لها الأفراد — وإن حددها القانون — إلا برضاهم واختيارهم ذلك الرضا الذى يعبرون عنه بإقدامهم على التعاقد . حقيقة قيل إن نظرية السبب وطرق التفسير ونسبية العقود أمور مرجعها جميعاً إلى حرية الطرفين فى تحديد مدى التزاماتهما ؛ وحتى لو أخذنا هذا القول على علاته فإنه لتغافل عن الحقيقة أن نقرر أن نظرية العقد يجب استبعادها فى جميع الأحوال التى لا يكون للطرفين فيها سوى حرية قاصرة على الحق فى اختيار التعاقد أو رفضه وإلا فمن ذا الذى يستطيع أن ينكر مثلا إمكان تطبيق نظرية عيوب الرضا على عقد الزواج [٢] ؟

وفضلا عن ذلك فإنا نرى أن نفى صفة العقد عن الاتفاقات التى من شأنها كما قال دوجى وضع الطرفين فى مركز قانونى لا يستطيعان المساس به ، فيه إغفال أكيد للتطور الفنى الذى لحق فكرة العقد [٣] ، ومغالاة فى فهم الدور الذى يجب أن يلعبه مبدأ سلطان الإرادة فى الدائرة العقدية [٤] .

ففى خلال القرن التاسع عشر كان النظام الاجتماعى يرتكز على الفرد

---

(١) السنهورى نظرية العقد بند ١٣٣ ، بهجت بدوى أصول الالتزامات بند ٢٩ فى الآخر ، جينى المجلة الفصلية سنة ١٩٢٢ ص ٨٢٦ ؟؟ ، ديموج ج ١ فقرة ٢٣ و٢٣ مكرر ص ٧٢ ، بلانيول اسمان ج ٦ فقرة ١٣ ص ١٨ ، جوسران شرح القانون المدنى ج ٢ بند ١٤ و ١٥ طبعة ٣ ، مذكرات دكتور خيال فى الالتزامات بند ٥٩ ص ٨١ ، ريبير النظام الديموقراطى والقانون المدنى بند ١٦٦ ، دكتور حشمت أبو ستيت المرجع السابق بند ٤٥ ص ٣٩ .

(٢) يلاحظ أن الفقه الاسلامى عرض لما يذهب بالرضا ويزيل أثره بالنسبة لعقد الزواج كسوء الخلق (على مذهب السادة المالكية) والعنة فى الرجل .

(٣) Sallé de la marnière, thèse 1930. Essai sur l'évolution technique du contrat.

(٤) ديموج ج ١ بند ٢٣ مكرر .

فكان هو الغاية ولخدمته يسخر المجموع ولـكن الفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية بل إن مظهر هـذه الشخصية هو الإرادة الحرة المستقلة وكما أن رجال الفلسفة يجعلون التفكير آية الشخصية من الناحية الفلسفية [١] فإن رجال القانون اتخذوا من الإرادة آية الشخصية من الناحية القانونية [٢] فالإرادة الحرة كانت إذن مبدأ القانون والغاية التي ينتهي إليها ومن ثم فقد كان الفرد يتمتع بالحرية ليس في اختيار التعاقد فحسب وإنما في تحديد شروط العقد ومحتوياته أيضاً [٣] .

وإذا كان مبدأ سلطان الإرادة قد أينع وازدهر بفعل العوامل الاقتصادية فإن هـذه العوامل نفسها ، بعد أن تطورت وقامت الصناعات الكبيرة ، أدت إلى انتكاسه نتيجة لانتشار الاشتراكية وقيامها في وجه المذاهب الفردية [٤] ، وما صاحب ذلك من ازدياد في النصوص المتعلقة بالنظام العام [٥] حتى ظن البعض أن العقـد يجتاز أزمة حادة لن تلبث أن تودى به فيطويه التطور الذي لحق الحياة العصرية [٦] .

---

(١) فكانوا يقولون إني أفكر فأنا إذن موجود .

(٢) سالى في الشخصية المعنوية سنة ١٩٢٢ ص ٥٣١ ، السنهوري نظرية العقد بند ٨٦ ، جونو Gounot مبدأ سلطان الارادة في القانون الخاص رسالة ديجون سنة ١٩١٢ ص ٢٧ هامش ٢ .

(٣) بلانيول اسمان ج ٦ بند ١٤ ص ٢٠ ، جوسران في دالوز الأسبوعي سنة ١٩٣٣ العقد الموجه مقاله في ص ٨٩ الفقرة الثانية ، وديع فرج الاتجاهات الحديثة في العقد والمسئولية الخطئية مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٥ ص ١٠٩ ؟؟ ، راجع ص ١١٠ .

(٤) السنهوري نظرية العقد بند ١٠٢ .

(٥) ريبير النظام الديموقراطي والقانون المدني ، الفقرة الأخيرة من بنـد ١٣٨ وبند ١٤١ ص ٢٧٦ .

(٦) كونسانتيني — إصلاح التشريع المدني مذكور في مقال شفاليبه بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٢٠٨ القسم الأوربي ، Morin — La loi et le contrat et la décadence de leur souveraineté, thèse 1927.

قارن : ريبير — النظام الديموقراطي والقانون المدني ص ٢٦٩ ؟؟ خاصة بند ١٣٧ ص ٢٧٠ و ١٦٦ .

وأغلب الشراح لا يرون فى حلول فكرة التضامن الاجتماعى محل الأفكار الفردية ولا فى النزعة الظاهرة نحو اشتراكية القانون ، سبباً لهجر فكرة العقد بل يرون استبقاءها مع تحويرها بما يجعلها متمشية مع عوامل التطور (١) فأصبح العقد ملزماً لا لتوفر الحرية فى اختياره بل لأنه أجرى صحيحاً وملتئما مع الأفكار الاقتصادية والأغراض الاجتماعية التى يحميها القانون . فهناك إذن ميل إلى استبقاء فكرة العقد دون أن يخل بذلك ، هذا الاتجاه نحو تقييد حرية الأفراد فى تحديد محتويات العقد والالتزامات التى ينشئها ، وهو الاتجاه الذى عبر عنه جوسران حين تكلم عن العقد الموجه (٢) ووصفه ريبير بأنه اقتحام من القواعد الآمرة للدائرة العقدية بشكل يزداد يوماً عن يوم ، قد ينقلنا من النظام التعاقدى المرن إلى نظام شبه جامد ، ولكن على كل حال يبقى جانب من الحرية — حرية الأفراد فى اختيار التعاقد ، وذلك يكفى لاستبقاء فكرة العقد وتمييز الالتزامات العقدية عن الالتزامات القانونية (٣) .

---

(١) جوسران ج ٢ طبعة ٣ فى شرح القانون المدنى بند ١٥ و ١٥ مكرر ، ديمو ج فى الالتزامات ج ١ بند ٣/٢٣ .

قارن : بلانيول اسمان ج ٦ بند ١٦ .

(٢) جوسران المرجع السابق بند ١٥ مكرر . حيث يقول : **« Autrefois phénomène privé et individuel le contrat est de plus en plus volontiers traité comme un phénomène social; la liberté individuelle et l'autonomie des volontés privées reculent devant l'interventionnisme des pouvoirs publics et le contrat libre tend à devenir un contrat dirigé.**

راجع أيضا جوسران نظرة عامة على الاتجاهات الحالية فى نظرية العقد المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ ص ٢١ ؟؟ فى دالوز الأسبوعى ١٩٣٣ العقد الموجه ص ٨٩ ؟؟ وفى نفس المعنى ريبير فى النظام الديموقراطى والقانون المدنى حيث يقول : **« Tous les contrats connaissent à l'heure actuelle une réglementation qui chaque jour devient plus étroite... (p. 302) Le contrat moderne apparaît alors comme la soumission des parties à une ensemble des règles legales obligatoires.**

وديع فرج — الاتجاهات الحديثة فى العقد والمسئولية الخطئية المرجع السابق ص ١١٩ .

(٣) بيرو فى سيرى ١٩١١ — ١ — ١٠٦ عمود ٢ فقرة أولى .

جينى المرجع السابق ص ٥٤ .

والخلاصة أن تعلق التزامات الطبيب بالنظام العام لا يمنع من اعتبارها عقدية [١] ذلك لأنه يعتبر تعاقدياً كل التزام نشأ بمناسبة إجراء عقد فناط الالتزام التعاقدى ليس فى قدرة الطرفين على تحديد محتويات الالتزام وفقاً لإرادتهما وإنما مناطه أن الالتزام ما كان ليوجد لولا وجود العقد [٢] .

فالتزامات الطبيب عقدية لأن مجرد خضوع الطبيب لها بالاتفاق يدخلها ضمن دائرة العقد كما يدخل التزام الدائن المرتهن حيازة بمحاسبة المدين على الريع وخصمه من الفوائد وأصل الدين ضمن دائرة عقد الرهن مع أنه التزام حتمه المشرع فى المادة ١١٠٤/٥٤٥ م واعتبره من النظام العام . فروح القانون بل ونية المتعاقدين تقتضيان أن تعتبر المسئولية عن الإخلال بالقواعد الآمرة عقدية [٣] ذلك لأنه بحصول العقد يكون الطرفان قد قبلا

---

(١) قارن مارتان المرجع السابق ص ١٧٤ إلى ١٧٦ حيث يقرر ابتداء أن المسألة مرجعها إلى تحديد مدى كل من المسئوليتين لا فى الخيرة بينهما ، ثم يضيف إلى ذلك أن الأخطاء التى يرتكبها أرباب المهن بمناسبة أدائهم لواجباتهم الخاصة تكون المسئولية عنها تقصيرية إذ لا عقد ، ولـكنه يقرر وجود مسئولية عقدية فى الالتزامات التى لا تفرضها قواعد المهنة فرضا بل يكون الأمر فيها مرجعه إلى إرادة الطرفين وضرب لذلك مثلا حالة الطبيب الذى يجرى عمليـة تجميل بعـد أن ينبه المريض إلى أنه إن لم ينجح فهو غير مخطىء اللهم إلا إذا ارتكب خطأ فنياً فى إجرائها ولـكنه لا يعتبر مخطئا لمجرد إقدامه على إجرائها لأن المريض قد أعفاه من مسئوليتـه المحتملة فى هذه الناحية .

(٢) اسمان المجلة الفصليـة سنة ١٩٣٤ المرجع السابق بند ٢١ ص ٣٤٨ . وهو الرأى الذى يبدو أن محكمة النقض الفرنسية رجحته فى حكمها الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ السابق الاشارة اليه .

(٣) يؤيد هذا الرأى سافاتيه فى المسئولية بند ١١٠ الفقرة الأخيرة ومع ذلك هو يتحفظ بالنسبة للقواعد المهنية التى يوجبها القانون على الموظفين العمومين بند ٨٣٥ و ٨٠٣ ، ديموج فى المجلة الفصلية سنة ١٩٢٣ ص ٦٥٧ ، دكتور وديع فرج فى مجلة القانون والاقتصاد المرجع السابق سنة ١٢ ص ٣٩٥ ؟؟ ، بيرو تحت نقض ٢٦ ينـاير سنة ١٩١٠ فى سيرى ١٩١١ — ١ — ١٠٥ الفقرة الأخيرة من العمود الثالث و ص ١٠٦ العمود الأول فقرة ٣ ؟؟ وكـذلك الحـكم الذى يعلق عليه حيث جاء فيه : « **L'action n'était point basée sur une faute contractuelle des administrateurs dans l'exécution de leur mandat elle avait pour fondement un délit ou un quasi délit sortant du cadre de la gestion des administrateurs tel *qu'il avait été tracé* par la convention ou par la loi** ».

ضمناً كل القواعد الآمرة التي تحدد محتويات العقد وآثاره . ويقول ديموج[١] إنه ليس بذى شأن كون الطرفين قد أرادا طوعاً أو كرهاً الخضوع لها . ولقد أبان مازو أنه من التناقض القول بأن القانون بفرضه التزاماً فى الدائرة العقدية يكون قد أخرجه فى نفس الوقت منها [٢] .

ولقد قيل أيضاً إن ثمة حجة يمكن أن تستمد من المسئولية عن إفشاء سر المهنة [٣]. فإن نفراً من الفقهاء يميلون إلى القول بأن الطبيب يظل ملزماً بألا يفشى السر ولو حلله المريض من هذا الالتزام وهذا القول لا يمكن أن يحمل إلا على أن فيه إنكاراً لوجود العقد الطبى وإلا فكيف يكون الالتزام بحفظ سر المهنة ناشئاً عن العقد ولا يمكن لذى المصلحة أن يتنازل عن تنفيذه . وظاهر أن هذه الحجة تتصل بسابقتها ، فمع التسليم بأن الطبيب يظل ملزماً بعدم إفشاء السر ولو حلله المريض من هذا الالتزام — وهو ما سنعود إلى مناقشته فيما بعد — فليس فى ذلك ما يتنافى مع اعتبار الالتزام بحفظ السر التزاماً عقدياً وتعلقه بالنظام العام يجعله واجباً محتما على الطبيب وليس من حق المريض التنازل عنه .

ولم يفت البعض أن يلاحظ أن تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية له مزية ، هى عدم إخضاع مسئولية الطبيب لقواعد مستمدة من قريب أو من بعيد من إرادة الطرفين كالمادة ١٢٢ / ٢٢١ م ح/ ١١٥٠م التى تحدد مقدار التعويض . ولكن هل حقاً أن المصلحة تقضى بتطبيق قواعد آمرة دائماً ؟

الواقع أنه لو كانت هناك حقائق قانونية تفرض على الطبيب التزامات

= نقض ١٩٣٩/١/٥ مجموعة رسمية سنة ٤٠ رقم ١٤٥ ص ٣٧١ .

عكس بران المرجع السابق بند ١٧٨ ص ١٩٤ ؟؟ .

(١) ديموج المجلة الفصلية سنة ١٩٢٣ ص ٦٥٧ .

(٢) مازو المسئولية طبعة ٣ ج ١ بند ١٧١ ص ٢١٦ .

(٣) نيجر المرجع السابق ص ٥٢ .

لم تنشئها إرادته وإذا صح أن الطبيب ملزم بمراعاة أصول المهنة إذ عليها تتوقف حصانته المدنية بل والجنائية أيضاً فيجب ألا يغيب عن الذهن أن هناك حقائق إرادية أو بتعبير آخر حقائق عقدية . فالطبيب لم يلتزم إلا لأنه قبل العلاج وربما كان من الخطأ إغفال هذه الحقيقة العقدية[1]، بل إن المقرر فى مؤتمر الطب الشرعى المعقود فى باريس فى ٤و٥و٦ مايو سنة ١٩٣١ تحت رئاسة الدكتور بول طالب بأن تكون مسئولية الأطباء عقدية[2] إحساساً منه وشعوراً بأن أحكامها أكثر تحقيقاً لمصالحهم .

لذلك لا يسعنا إلا تأييد سلوك محكمة النقض الفرنسية بغير تحفظ مقررين أن الأصل فى مسئولية الطبيب أن تكون عقدية وهو الرأى الذى أقرته التشريعات الحديثة كالمادة ٦١١ من القانون المدنى الألمانى والمادة ٣٦١ من قانون الالتزامات السويسرى[3] والمادة ٦٤ من القانون المدنى اللبنانى وهو أيضاً الرأى الذى قررته محكمة استئناف تورين بحكمها الصادر فى ٢٠ مارس سنة ١٩٣٣ إذ اعتبرت الجراح مسئولا تعاقدياً عن تركه جسما غريباً فى أحشاء المريض[4] .

ولتعتبر مسئولية الطبيب عقدية يجب أن تتوافر عدة شروط أن تخلف

---

(١) بريتون فى سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ .

(٢) نقلا عن نيجر المرجع السابق ص ٣٧ .

(٣) راجع حكم محكمة استئناف زيورخ فى ١٨٩٢/٩/١٧ سيرى ١٨٩٣ — ٤ — ١٦ وقارن حكم محكمة الاتحاد السويسرى فى ١٨٩٢/٦/١٠ سيرى ١٨٩٢ — ٤ — ٣٨ وفى ١٨٩٢/١٢/٩ سيرى ١٨٩٣ — ٤ — ١٦ . فانها مع اعتبارها مسئولية الطبيب عقدية أقرت بجواز تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية استناداً إلى أن الطبيب الذى يتسبب بإهماله فى إحداث ضرر للمريض يخل ليس فقط بالتزاماته التعاقدية بل أيضاً بالواجب القانونى العام الذى يضمن للأفراد سلامة أبدانهم .

(٤) المجلة الفصلية سنة ١٩٣٥ تعليقات ألبرتو مونتيل ص ٩٦٦ ؛؛ بند ٤ ص ٩٧٦ و ٩٧٧ .

قرب أيضا حكم محكمة النقض فى ١٩٣٩/١/٥ مجموعة رسمية سنة ٤٠ رقم ١٤٥ ص ٣٧١ وتوافر مبدأ المسئولية العقدية بالنسبة للمهندسين .

أحدها اعتبرت المسئولية تقصيرية . وهذه الشروط هى : —

أولا — يجب أن يكون المجنى عليه هو المريض : فإذا كان من الغير كساعد جرحه الطبيب أثناء إجراء عملية فالمسئولية لا يمكن إلا أن تكون تقصيرية[1] إلا إذا كان هناك عقد خاص ولكنه على كل حال غير عقد العلاج الذى يربط الطبيب بالمريض .

ثانياً — يجب أن يكون هناك عقد : فإذا باشر الطبيب العلاج دون أن يسبق ذلك عقد كانت مسئوليته تقصيرية[2] .

على أنه إذا كانت هناك أحوال لا يصعب فيها أن نتبين وجود العقد الطبي فهناك بالعكس أحوال تصعب فيها معرفة ما إذا كان هناك عقد أم لا فيدق وصف المسئولية وهذه الأحوال لا تخرج عن أحد فرضين : —

(١) حالة ما إذا كان المريض قد اختار طبيبه :

فى هذه الحالة يبدو أن وجود عقد بين المريض والطبيب أمر لا يحتمل مناقشة جدية ومع ذلك فقد حصل الخلاف فى تكييف الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمريض فى حالة العلاج بالمجان .

ما هو العقد ؟

العقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه . فالمسألة منوطة بما إذا كان عقد العلاج بالمجان ينشىء التزاماً على عاتق الطبيب بحسن العلاج أم لا .

ولقد ثارت نفس المشكلة بشأن عقد النقل بالمجان فحصل التساؤل

---

(١) راجع نقض ١٩٣٦/١٢/٣٠ دالوز ١٩٣٧ — ١ — ٥ وتعليق سافاتييه وفى سيرى ١٩٣٧ — ١ — ١٣٧ وتعليق مازو . راجع أيضا سافاتييه فى المسئولية ج ٢ بند ٧٧٦ فى مسئولية الطبيب عن الأضرار التى تصيب الغير من شهادة حررها .

(٢) لا كاس المرجع السابق بند ٣٢ ، دونديو دوڤابر النشرة الطبية الشرعية ١٩٣١ ص ٤١٤ .

فيما إذا كان عقد النقل ينشىء التزاماً على الناقل بالنقل والأمر فى ذلك مرجعه إلى الحالات ومع هذا فقد قيل إن الناقل لا يمكنه أن يحمل صديقه ينزل فى وسط الطريق دون أن يتعرض للمسئولية ومعنى هذا أنه كان ملزماً بنقله .

حقاً إن الناقل يتعرض للمسئولية فى هذه الحالة ولكن مسئوليته تقصيرية لا تعاقدية بدليل أن السيارة لو تلفت فى وسط الطريق ، ولو كان التلف راجعاً إلى إهمال من صاحبها ، لما تعرض لأية مسئولية إذ أنه لم يأخذ على عاتقه الالتزام بالنقل [1] .

ولكن هذا القول يجب ألا يؤخذ على إطلاقه بل ينبغى الرجوع إلى ملابسات الحال للبحث عما إذا كان الناقل قد قصد إنشاء التزام على عاتقه .

كذلك الحال فى العلاج بالمجان يجب أن نرجع إلى الملابسات لمعرفة ما إذا كان المريض والطبيب قد انصرفت نيتهما إلى إنشاء التزام [2] على عاتق الطبيب أم كان قصد الطبيب أن يقوم بالعلاج بطريق المجاملة فحسب . لذلك نحن لا نوافق هنرى وليون مازو حيث قالا [3] إن من يبذل عناية بالمجان لا يقصد أن يتعهد بأى التزام حاله فى ذلك حال الناقل بغير أجر ومن ثم تكون مسئوليته تقصيرية [4] .

وإذا تبين لنا وجود عقد فى حالة العلاج بالمجان فهل يكون الطبيب

---

(١) مازو — المسئولية ج ١ طبعة ٣ بند ١٠٩ و ١١١ و ١١٣ ، هنرى مازو المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ المرجع السابق بند ١٤ و ١٦ و ١٨ .

(٢) قرب جوسران شرح القانون المدنى طبعة ٣ ج ١ بند ١٢٤ و ج ٢ بند ١٦ .

(٣) مازو تحت نقض ١٩٣٨/١/١٨ فى المجلة الفصلية ١٩٣٨ ص ٢٥٢ و ٢٥٣ .

(٤) راجع مثلا نقض ١٩٣٨/١/١٨ سيرى ١٩٣٩ — ١ — ٢٠١ جازيت باليه ١٩٣٨ — ١ — ٣١٤ فانه يبدو من حيثياته أن محكمة النقض كان من رأيها اعتبار المسئولية عقدية حتى لو كان عقد العلاج بالمجان وإن كان من حرر الحكم لم ير الخوض فى هذه الناحية صراحة .

مسئولا طبقاً للقواعد العامة أم هل تقتصر مسئوليته على الخطأ الجسيم [1].

الواقع أن الأمر ليس فى بحث ما إذا كان الطبيب الذى يعالج بالمجان لا يسأل إلا عن الخطأ الجسيم فإن وضع المسألة بهذا الشكل معناه الخلط بين محتويات العقد والمسئولية العقدية وإنما الذى يجب البحث عنه هو مدى التزام الطبيب فى هذه الحالة وهو ما سنعود إليه عند بحث درجة الخطأ الذى يسأل عنه الطبيب.

وتلحق بهذه الحالة حالة علاج الطبيب لزميل له فلقد جرى العرف على ألا يتقاضى الأطباء أجراً من زملائهم فهل يعتبر العلاج فى هذه الحالة بالمجان فيخضع للمعيار الذى وضعناه ؟

حكمت محكمة النقض الفرنسية [2] فى ١٩٣٨/١/١٨ بأن التقليد الذى جرى عليه الأطباء فى عدم تقاضى أجر من زملائهم يمكن أن يفسر على أنه إبراء اختيارى من ديون بنى على التبادل ومن ثم فالعقد الحاصل بين الطبيبين لا يكون من قبيل التبرع.

(٢) *حالة تدخل الطبيب بغير دعوة من المريض :*

إذا كان وجود العقد أمراً واضحاً فى حالة اختيار المريض لطبيبه فالشأن غير ذلك إذا لم تسمح له الأحوال باختياره ومثال ذلك حالة الطبيب الذى يدعوه بعض المارة أو يتدخل من تلقاء نفسه لإسعاف جريح فى الطريق العام أصيب فى حادثة أفقدته وعيه ؛ وحالة دخول المريض مستشفى يجهل الطبيب الذى يعمل فيه. كذلك العامل لا يختار الطبيب الذى يعالجه وإنما هو يعهد بهذا الاختيار لرب العمل.

---

(١) قارن مازو المسئولية ج ١ طبعة ٣ بند ١١٤ ، مازو المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ المرجع السابق بند ١٩.

(٢) نقض ١٩٣٨/١/١٨ سيرى ١٩٣٩ — ١ — ٢٠١ جازيت باليه ١٩٣٨ — ١ — ٣١٤ ، بيزانسون ١٩٣٣/٣/٢٠ دالوز الأسبوعى ١٩٣٣ — ٢٩٢ وفى نفس المعنى سافاتييه فى المسئولية بند ٧٧٥ ص ٣٩٠ ج ٢.

فى هذه الحالات وما يشابهها هل تعتبر مسئولية الطبيب عقدية أم تقصيرية ؟

للإجابة على هذا السؤال يجب أن نحلل علاقة الطبيب بالمريض فى مختلف الحالات لنتبين ما إذا كانت هناك رابطة بينهما أم لا .

١ — حالة تدخل الطبيب من تلقاء نفسه أو بدعوة من غير ذى صفة :

يحصل ذلك غالباً فى حالة الحوادث . على أنه يلاحظ أن الطبيب الذى يمر بحادثة ثم يرفض تقديم خدماته لا يكون فى الأصل مسئولا إلا من الناحية الأدبية [١] .

حقاً إنه من الإنصاف ألا ننكر أن الأطباء لا يتأخرون عن أداء هذا الواجب الإنسانى ولكن مجرد قبولهم للقيام به هو عمل قانونى قد نظم القانون شروطه وآثاره وعلينا أن نحلله لنتبين متى وكيف يصبح الطبيب مسئولا فى هذه الحالة .

فى الغالب يحصل تدخل الطبيب بناء على دعوة الجمهور . وهنا لا محل للقول بوجود عقد بين الطبيب ومن دعاه إذ من التعسف القول بأن الداعى قصد إلى التعاقد مع الطبيب لمصلحة المريض بل كانت دعوته مجرد رجاء إلى الطبيب لكى يشمل المصاب بعنايته [٢]. ومن باب أولى لا محل للقول

(١) مازان المرجع السابق ص ٥٧ ، قارن ذلك مع ما سنقوله فى واجب الطبيب فى قبول العلاج .

(٢) مازان المرجع السابق ص ١٨ ، بلانش روديه المرجع السابق ص ٢٠٧ . ومع ذلك إن دلت ظروف الحال على أن من دعا الطبيب قصد إلى التعاقد معه كان من اللازم أن نفرق بين فرضين : فاذا كان من دعا الطبيب قد قصد إلى التعاقد باسمه لمصلحة المصاب وكانت له مصلحة شخصية من هذا التعاقد طبقت أحكام الاشتراط لمصلحة الغير — كما لو كان الداعى هو الشخص المسئول عن الحوادث وكان قصده التخفيف من نتائجه حتى لا يثقل عليه عبء التعويض (راجع سافاتييه — المسئولية ج ٢ بند ٧٧٥ ص ٣٩٠ ، قرب سنهورى الموجز فى الالتزامات بند ٢٦٠ و ٢٦٢ ، ونظرية العقد بند ٨٠٥) .

أما إذا كان من دعا الطبيب قد قصد إلى التعاقد باسم المصاب ونيابة عنه دون أن يكون =

بوجود عقد بين الطبيب والمصاب .

ولكن يحصل أن يشاهد الطبيب الحادثة فيتدخل من تلقاء نفسه لإسعاف المصاب وهنا لا يمكن بطبيعة الحال أن يقال إن هناك عقداً بينهما .

وما دمنا قد قلنا بعدم وجود عقد بين الطبيب والمصاب فعلاقته به لا يمكن وصفها إلا بأنها من قبيل الفضالة [١] . فأول ركن من أركانها [٢] هو إرادة الفضولى أن يتصرف لمصلحة رب العمل بغير علم هذا الأخير أو موافقته ولحاجة ماسة ولا شك فى توفر هذا الركن بالنسبة للطبيب الذى يسخر جهوده وفنه فى سبيل رجع المصاب إلى وعيه وإنقاذه من الخطر

= مدفوعاً إلى ذلك بتحقيق مصلحة ذاتية طبقت أحكام الفضالة (قرب جوسران طبعة ٣ شرح القانون المدنى ج ٢ بند ٣٠٠ ؟؟ و ١٤٤٤ ، والسنهورى الموجز فى الالتزامات بند ٤١١ ، وبلانيول إسمان ج ٧ بند ٧٢٤) .

وعلى كلا الوضعين تكون العلاقة بين الطبيب والمصاب علاقة تعاقدية لأن المصاب فى الحالة الأولى هو فى مركز المستفيد من الاشتراط وفى الحالة الثانية هو فى مركز رب العمل الذى ينوب عنه الفضولى نيابة قانونية فى التعاقد مع الطبيب الذى حقق مصلحة أكيدة له (راجع السنهورى — الموجز فى الالتزامات بند ٤١٥ ، وجوسران المرجع السابق بند ١٤٤٦ ، وكولان وكابيتان طبعة ٨ المرجع السابق ج ٢ بند ٩٥٧ ص ٨٠٣ ، ديموج — الالتزامات ج ١ بند ١١٠ و ج ٣ بند ٥١ ص ٨٣ وعرائض ١٨٩٠/٧/١٦ ، وتعليق بلانيول فى دالوز ١٨٩١ — ١ — ٤٩ . قرب دوهلتس ج ٢ ص ٣٠١ بند ٢٩ و ٣٠ . قارن مع ذلك ديموج الالتزامات ج ٣ ص ٤٥ بند ٢٦ حيث يقول :

« Mais une personne peut elle dire qu'en exécutant un contrat passé avec une autre agissant *proprio-nomino* elle est devenue le gérant d'affaires d'un tiers par la seule exécution du contrat ?

Il a été jugé en ce sens qu'un médecin etant appelé près d'un malade par un tiers qui déclare repondre des honoraires le médecin avait toujours action contre le malade ». (Toulouse 1er mai 1909. G. P. 1909.1.707. Rapp. Paris 15 mars 1905. D. 1907.2.357).

(١) ساهو المرجع السابق ص ٦٤ ؟؟ ، هاى Hay المسئولية المدنية للأطباء رسالة ١٩٢٥ ص ٣٣ ، مازان المرجع السابق ص ٥٩ ، ديموج الالتزامات ج ٣ بند ١٣ ص ٢٥ . قارن اميان ١٩٠٦/٢/١٤ سيرى ١٩٠٩ — ٢ — ٢٢٥ .

(٢) سنهورى الموجز فى الالتزامات بند ٤٠٨ ؟؟ ، جوسران المرجع السابق بند ١٤٤١ طبعة ٣ ، حشمت أبو ستيت — نظرية الالتزام بند ٥٥٧ ؟؟ .

المحدق به والمصاب بدوره غير قادر على أن يعبر عن موافقته على العناية التى أحيط بها إما لغيبوبة وإما لتدهور نفسى شديد .

وسواء أشعر المصاب بتدخل الطبيب أم لا فإن فعله لا يخرج عن كونه فضالة [١] ما دامت إرادته لا تحتمل معنى الموافقة على هذا التدخل . وهذا الرأى هو الذى نصت عليه المادة ١٣٧٢ م ف وعليه جمهور الفقهاء فى مصر وفى فرنسا [٢] ومع ذلك فقد ادعى البعض بوجود وكالة ضمنية كلما كان رب العمل عالماً بتدخل الفضولى ولم يمنعه .

ويلاحظ أن التكييف القانونى لفعل الطبيب لا يتأثر بواقعة تدخله من تلقاء نفسه أو بناء على دعوة فرد من الجمهور لأن العمل إذا حصل تنفيذاً لدعوة تلقاها الشخص من غير ذى صفة هى من قبيل الفضالة [٣] .

ولكن هل يمكن وصف فعل الطبيب الذى يسعف إنساناً شرع فى الانتحار بأنه من قبيل الفضالة ؟ هل حقاً هو يتدخل لمصلحته ؟ أليس تدخله رغم إرادة المصاب التى أظهرها بالإقدام على الانتحار ؟ مثل هذه الحالة لحسن الحظ نادرة . وفضلا عن ذلك فمن غير المنظور أن يتقدم من أسعف بعد شروعه فى الانتحار ليطالب بالتعويض الطبيب الذى أنقذ حياته رغم إرادته [٤] . ويلاحظ أنه فى جميع الأحوال التى يعتبر فيها الطبيب فضولياً

(١) مازان المرجع السابق ص ٦٠ .

(٢) ديموج ج ٣ بند ١٤ ص ٢٦ المرجع السابق ، بودرى لا كانتينرى وبارد المرجع السابق طبعة ٣ ج ٤ بند ٢٧٩٥ ص ٤٥٢ ، كوليه دى سانتير المرجع السابق ج ٥ بند ٣٤٩ مكرر ٣ ص ٦٦٣ ، وماركاديه م ١٣٧٢ و ١٣٧٤ — ٢ ص ٢٦٤ ، دكتور خيال مذكراته غير المطبوعة فى الالتزامات ، سنهورى الموجز فى الالتزامات بند ٤١٢ ، ديمولومب ج ٨ المرجع السابق بند ٦٥ ؟؟ ، هوك المرجع السابق ج ٨ بند ٣٧٨ ص ٥٠٠ . عكس لوران ج ٢٧ طبعة ٤ بند ٣٨٤ ص ٤٣٦ ، والتون الالتزامات ج ٢ ص ١٥٧ ، دى هلتس ج ٢ بند ١٤ ص ٢٩٨ .

(٣) كان ٣١ أبريل سنة ١٨٦٦ سيرى ١٨٦٧ — ٢ — ٥٦ ، قرب ديموج ج ٣ الالتزامات بند ١٣ ص ٢٥ وبند ٢٥ ص ٤٥ .

(٤) ساهو المرجع السابق ص ٦٦ ومع ذلك قارن دى هلتس ج ٢ المرجع السابق بند ١٥ ص ٢٩٨ ، ديموج الالتزامات ج ٣ بند ٢٣ .

يكون ملزماً بأن يستمر فى العمل الذى بدأ [١] فعليه أن يسهر على الجريح إلى أن يسترد صوابه ويثوب إلى رشده فيصبح قادراً على أن يدعو طبيبه المعتاد فتنتهى بذلك الفضالة أو يطلب منه الاستمرار فى العناية به فتنقلب الفضالة إلى عقد علاج فإن هجر الطبيب المريض وكانت حالته لا تسمح له بوقف العلاج بدون أن تتعرض حياته للخطر كان مسئولا إلا إذا كان قد عهد به إلى زميل له يسهر على أمره .

ويسأل الطبيب فضلا عن ذلك عن أخطائه فى العلاج إذ عليه أن يبذل فى العمل الذى يقوم به عناية الرجل الحريص الحازم [٢] ولكن ما هى طبيعة مسئوليته فى هذه الحالة ؟

بيّنا فيما تقدم أنه لتوجد مسئولية عقدية يشترط أن يكون هناك عقد ومن ثم فالمسئولية فى حالتنا لا يمكن إلا أن تكون تقصيرية [٣] ومع ذلك فقد ذهب نفر من الفقهاء إلى اعتبار مسئولية الفضولى بوجه عام مسئولية عقدية [٤] وهذا المذهب مبنى على خلط غير مستساغ بين العقد وشبه العقد

---

(١) السنهورى موجز الالتزامات بند ٤١٤ ، جوسران المرجع السابق بند ١٤٤٥ ، بلانيول إسمان ج ٧ بند ٧٣٠ ، ديموج الالتزامات ج ٣ بند ٤١ ، حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام بند ٥٦٤ م ٢٦٥ من مشروع تنظيم القانون المدنى .

(٢) مازان المرجع السابق ص ٦٣ و ٦٤ . قرب جوسران المرجع السابق ج ٢ بند ١٤٤٥ ، سنهورى الموجز فى الالتزامات بند ٤١٤ ، حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام بند ٥٦٤ ص ٤٠٩ ، بلانيول إسمان ج ٧ بند ٧٣٠ ، ديموج الالتزامات ج ٣ بند ٣٥ ص ٦٤ م ٢٦٦ من مشروع تنقيح القانون المدنى والمذكرة الايضاحية ج ٢ ص ٢٥٧ ، — De Hults Repertoire alphabétique de droit civil egyptien, t. II, No. 11 et 12, p. 297.

(٣) مازو المسئولية ج ١ بند ١٠٣ ، بران المرجع السابق ص ١٠١ بند ٨٤ ، لاكاس المرجع السابق بند ٣٠ ، بونكاز — ملحق لشرح القانون المدنى لبودرى لاكانتينرى ج ٢ بند ٥١١ ؟؟ .

قرب بلانيول ريبير طبعة ١١ ج ٢ بند ٨١٢ وقارن ديموج الالتزامات ج ٣ بند ٣ ص ٦ الفقرة الأخيرة .

(٤) كوليه دى سانتير المرجع السابق ج ٥ بند٥٤ مكرر٤ص٧٣ ، ديمولومب شرح =

فالالتزامات الناشئة عن الفضالة ليست وليـدة الإرادة من أى وجه ، بله توافق الإرادتين وإذا كنا نشاهد عمـلا إرادياً من جانب الفضولى فليس هذا العمل هو الذى خلق هذه الالتزامات بل القانون هو الذى رتبهـا على حالة واقعية أوجدها عمل الفضولى وبغض النظر عما اتجهت إليه نيته أو نية رب العمل .

ومتى انتفى وجه الشبه بين العقد وشبه العقد وتبين أن هناك اختلافاً فى مصدر الالتزامات الناشئة عن كل منهما فليس منطقياً بعـد ذلك أن نسوى بين قواعد المسئولية التى تنطبق عليهما .

حقاً لقد قيل إن قواعد المسئولية العقدية هى الأصل العام فى المسئولية وإن قواعد المسئولية التقصيرية لا تطبق إلا إذا وقعت جريمة أو شبه جريمة (١) ولـكن هذا القول لا يمكن قبوله لأن قواعد المسئولية التعاقدية وضعت لتحكم التزامات إرادية فى منشئها إرادية فى آثارها فطبيعتها تأبى أن تطبق على الالتزامات غير التعاقدية والأولى إذن أن تخضع هذه جميعها لقواعد المسئوليه التقصيرية (٢) .

وإذا كنا الآن قد كشفنا عن طبيعـة علاقة المريض بالطبيب إذا تدخل من تلقاء نفسه وأبنّـا أن تدخله هـذا من قبيل الفضالة فإنه يبقى أن نحدد علاقة الطبيب بالمريض فى حالة كثيرة الوقوع عملا ـــ يتدخل فيهـا الطبيب كذلك بغير دعوة من المريض ـــ وهى حالة الطبيب الذى يعمـل بإحدى المستشفيات أو المشروعات الخاصة .

= العقود والالتزامات الرضائية طبعة ٢ج ١ بند ٤٠٤ ، بودرى وبارد الالتزامات طبعة ٣ ج١ بنـد ٣٥٨ ص ٤٠٣ ، لوران ج ١٦ طبعة ٤ بند ٢٣٢ ص ٢٩٦ ، Ronard de Card France Judiciaire, 1891, p. 99.

(١) نفس المراجع المشار اليها فى الهامش السابق .

(٢) بونكاز ملحق لشرح القانون المدنى لبودرى لاكانتينرى ج ٢ بنـد ٥١١ ؛؛ خاصة بند ٥١٤ ص ٦٣١ .

ب — حالة الطبيب المعين من قبل مستشفى أو صاحب مشروع خاص :

يحدث أن يعقد طبيب مع مستشفى أو إدارة شركة أو مصنع عقد إيجار أشخاص [1] بمقتضاه يلتزم بعلاج المرضى الذين يلتجئون إلى المستشفى أو العمال الذين يصابون أثناء العمل . فى هذه الحالة لا شك فى وجود عقد بين الطبيب والهيئة أو الشخص الذى تعاقد معه وهذا العقد ينظم علاقاتهما المتبادلة ولكن الطبيب فى تنفيذه لهذا العقد يدخل فى علاقات مباشرة مع المرضى فعلى أى أساس تتحدد علاقاتهما ؟

الطبيب ملزم بتقديم خدماته لأشخاص لم يرتبط معهم بأى اتفاق والمريض يعهد بالعناية بصحته إلى شخص لم يختره بل ولا يستطيع رفض خدماته دون أن يفوّت على نفسه مصالح جدية فكيف يمكن تحليل مركزه من الناحية القانونية ؟

يبدو أن هناك اشتراطاً لمصلحة الغير [2] وإذا كان الاشتراط يفترض وجود عقد أصلى يحمل عليه الاشتراط فهذا ما يحصل فى حالتنا إذ العلاقات بين الطبيب والمريض ما هى إلا نتيجة لعقد إيجار الأشخاص الذى تم بين الطبيب وأصحاب المصنع أو المحل التجارى أو المستشفى . فالطبيب وهو المتعهد يلتزم قبل إدارة المصنع أو المستشفى أو المحل التجارى وهى المشترطة بأن يعمل شيئاً لمصلحة المرضى وهم المستفيدون من الاشتراط .

---

(١) ساهو المرجع السابق ص ٦١ ، ديفلو المرجع السابق ص ٤١ ، بلانش روديه المرجع السابق ص ٢٠٩ ، مونتبليه ١٩٣٣/٢/٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٣ — ٢٧٥ .
وسنعود إلى مناقشة طبيعة العلاقة بين الطبيب والمستشفى فى موضع آخر .

(٢) ساهو المرجع السابق ص ٦١ ، ديفلو المرجع السابق ص ٤٢ ، بلانش روديه المرجع السابق ص ٢٠٩ ، مازان المرجع السابق ص ٦٧ ، آبل المرجع السابق ص ٧٨ ؟؟ ، سافاتييه فى المسئولية ج ٢ بند ٧٧٥ .

بو ١٩١٣/٦/٣٠ دالوز ١٩١٥ — ٢ — ٤٩ سيرى ١٩١٣ — ٢ — ٢٧٧ قرب باريس ١٩٢٣/٦/٦ دالوز ١٩٢٤ — ٢ — ١١٧ ومرسيليا ١٩٣٨/٢/١٠ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ — ٢٥٢ .

حقاً إن الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود مصلحة للمشترط حتماً ولكن المحاكم توسعت فى فهم هذه المصلحة فاكتفت بأية مصلحة ولو كانت أدبية [١] وفى حالتنا ليس من الصعب أن تتبين وجود مصلحة للمشترط . ففى حالة المستشفى هذه المصلحة أساسية بل هى تختلط بأغراض المستشفى فغاية المستشفى هى تقديم العلاج اللازم لمن يعانون آلام المرض فاتفاقه مع أحد الأطباء داخل فى تحقيق أغراضه . والمصلحة موجودة أيضاً فى حالة رب المصنع أو صاحب المشروع التجارى الذى يتفق مع طبيب على علاج عماله ففضلا عما فى ذلك من ترغيب للعمال بالعمل عنده فهو يضمن لهم بهذا الاشتراط علاجاً معنى به فلا تطول مدة انقطاعهم عن العمل ولا يزيد عليه عبء التعويض فى الأحوال التى تتوفر فيها مسئوليته .

ولن يعترض بأن الاشتراط هنا حصل لمصلحة أشخاص غير معينين وقت العقد ما دام أنهم قابلون للتعيين وقت تنفيذه [٢] فهناك إذن وبغير شك اشتراط لمصلحة الغير [٣] وتكون للمستفيد دعوى مباشرة مستمدة

---

(١) بلانيول إسمان ج ٦ المرجع السابق بند ٣٥٣ ، سنهورى نظرية العقد بند ٨١١ ، جوسران ج ٢ طبعة ٣ بند ٢٨٤ .

(٢) بلانيول ريبير طبعة ١١ ج ٢ بند ١٢٣٥ ؟؟ ، بهجت بدوى أصول الالتزامات بند ٢٤٦ ، سنهورى نظرية العقد بند ٨٠٠ ، كولان وكابيتان المرجع السابق طبعة ٨ ج ٢ بند ١٣٦ ، بلانيول إسمان ج ٦ بند ٣٦٧ .

(٣) ومع ذلك إذا كان رب العمل قد قصد من الاتفاق مع الطبيب تحقيق مصلحته الشخصية دون أن يقصد إعطاء العمال حقاً مباشراً من العقد فظاهر أن لا اشتراط لمصلحتهم (راجع بو ١٩٠٠/٥/١ سيرى ١٩٠٠ — ٢ — ٣٠١ ودالوز ١٩٠٢ — ٢ — ٣٣ . قرب سنهورى نظرية العقد بند ٨٠٦ ، جوسران دالوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٦٣ عمود ٢ فقرة أولى) ومن ثم فلا يكون لهم حق مباشر قبل الطبيب (A. L. فى دالوز ١٩١٥ — ٢ — ٤٩ عمود أول) ، ولكن إذا لم يكن للعمال أن يستعملوا الدعوى التعاقدية بطريق مباشر فلهم — إن كان رب العمل قد تعهد بعلاجهم — أن يستعملوا الدعوى التعاقدية بطريق غير مباشر وهى الدعوى التى لرب العمل قبل الطبيب استناداً إلى العقد الذى تم بينهما (مازان المرجع السابق ص ٦٩ ، بلانش روديه المرجع السابق ص ٢١٠) .

من العقد يستعملها قبل المتعهد ليطالبه بتنفيذ التزامه [1] ومقتضى هذا أن تكون مسئولية الطبيب عقدية [2] .

ح — حالة الطبيب الذى يعمل بمستشفى عام :

وإذا كنا قد انتهينا إلى القول بوجود علاقة تعاقدية بين الطبيب الذى يعمل بمستشفى خاص وبين المريض ، فهل ينطبق هـذا القول على تكييف العلاقة بينه وبين الطبيب الذى يعمل بمستشفى عام .

قيل ينطبق هذا فى حق رجال الجيش ، إذ المفروض أن الدولة قد عقدت اشتراطاً لمصلحتهم مع الأطباء الذين يعملون بالمستشفيات العسكرية [3] .

ونحن نلاحظ على هـذا القول ، أنه لا يمكن التسليم بهـذا الوضع فيما يتعلق بالمستشفيات العسكرية ، حتى لو سلمنا جدلا بوجود اشتراط لمصلحة الغير فى علاقة أطباء المستشفيات العامة بالمرضى ، إذ لن يكون لرجال الجيش الحرية فى قبول هذا الاشتراط المزعوم أو رفضه ، بل هم ملزمون بأن يعالجوا أنفسهم فى المستشفيات العسكرية دون أن يكون لهم الحق فى رفض

---

(١) بلانش روديه المرجع السابق ص ٢١٠ ، ساهو المرجع السابق ص ٦٣ ، مازان المرجع السابق ص ٦٨ ، بلانيول ريبير إسمان المرجع السابق ج ٦ بند ٣٦٣ ، بودرى وبارد المرجع السابق ج ١ طبعة ٣ بند ١٦٠ ، كولان وكابيتان طبعة ٨ ج ٢ بند ١٣٠ .
پو ١٩١٣/٦/٣٠ سيرى ١٩١٣ — ٢ — ٢٧٧ .

(٢) بران المرجع السابق بند ٣٠٥ ص ٣٣٣ ؟؟ ، ديموج الالتزامات ج ٥ بند ١٢٤٣ ص ٥٥٢ . قارن مازو فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٨ ص ٢٥٢ . ومع ذلك فان بعض الشراح (كولان وكابيتان المرجع السابق طبعة ٨ ج ٢ بند ١٣٥ ص ١٣٤) ترددوا فى إعطاء الدعوى التعاقدية للثالث المستفيد من الاشتراط خاصة فى التمتع بالضمانات التى أوجبها المشترط على المتعهد .
والواقع أنه لا محل لهذا التردد ، لأن الغرض من الاشتراط لمصلحة الغير هو أن ينشأ حق مباشر للغير من العقد (سافاتييه ج ١ المرجع السابق فى المسئولية بند ١٣٩ ص ١٨٣ ، مازو ج ١ طبعة ٣ المرجع السابق بند ١٣٦ ، بلانيول إسمان المرجع السابق ج ٦ بند ٤٩٢ الفقرة الأخيرة ص ٦٨٣ . قارن جوسران فى دالوز ١٩٣٣ — ١ — ٧ و ٨) .

(٣) مازان المرجع السابق ص ٦٩ .

خدمات الأطباء الذين يعملون فيها ، فالمفروض — كما سنرى عند مناقشة واجب الطبيب فى أخذ رضاء المريض بالعلاج — أنهم قد تنازلوا بانخراطهم فى الجندية عن حقهم على أجسامهم لمصلحة المجتمع ، وليست هناك ضرورة لأخذ رضاهم عن علاج تستلزمه مصلحتهم والمصلحة العامة .

وبعد هذا فهل يمكن حقاً اعتبار العلاقة بين المريض والطبيب فى المستشفى العام علاقة ناشئة عن اشتراط لمصلحة الغير ؟

قلنا إن الاشتراط لمصلحة الغير ، يفترض وجود عقد بين المشترط والمتعهد ، وهذا يقتضى أن توصف العلاقة بين الطبيب والدولة بأنها علاقة تعاقدية فهل هذا سائغ ؟

كانت النظرية السائدة فى مصر [١] إلى عهد غير بعيد أن الصلة بين الموظف والدولة تنطوى على عقد من عقود القانون المدنى ، كان يوصف فى الغالب بأنه عقد إجارة أشخاص . فلما أخذت معالم القانون الإدارى تستبين ، والخصائص المميزة لأحكامه تتجلى ، ذهبت بعض الأحكام [٢] ، جرياً على رأى طائفة من الفقهاء الفرنسيين [٣] ، إلى اعتبار هذه الرابطة

---

(١) مصر الابتدائية فى ١٩٠٦/٤/٥ و ١٩٠٦/١٢/١٣ فى رسالة ضمانات الموظفين للدكتور اسماعيل زكى ص ٤٠ س م أهلية ١٩١٨/١/١٧ بجموعة رسمية ١٩١٨ رقم ٤٠ ص ٥٨ و ١٩٢٣/٢/٢٧ بجموعة رسمية ١٩٢٤ ص ٩٦ رقم ٥٦ ، محكمة أدفو الجزئية ١٩٢٦/١/٢١ ، وبنى مزار الجزئية ١٩٢٦/١/٥ محاماة سنة ٦ ص ٣٦٧ رقم ٢٦٦ و ص ٣٦٢ رقم ٢٦٥ نقض فى ١٩٢٦/٣/٢ بجموعة رسمية سنة ٢٧ رقم ٦٦ ص ١٠٢ ، وفى القضاء المختلط راجع سم ١٨٩٧/٢/١٠ بجوعة التشريع والقضاء سنة ٩ ص ١٨١ ، سم ١٨٨٨/١١/٢٢ و ١٨٨٩/٢/٢٠ بجموعة التشريع والقضاء سنة ١ ص ٢٩٧ و ٢٩٩ ، سم ١٩٠٣/٤/١٥ بجموعة التشريع والقضاء سنة ١٥ ص ٢٤٤ ، سم ١٩١٤/١/١٣ بجموعة التشريع والقضاء سنة ٢٦ ص ١٣٩ .

(٢) أنظر بهذا المعنى سم أهلية فى ١٩٣٢/٦/١٢ مذكور فى رسالة الدكتور اسماعيل زكى السابق الإشارة اليها ص ٤٢ .

(٣) بيريكيه Perriquet عقود الدولة طبعة ٢ بند ٤٧٣ وراجع فى عرض هذه الفكرة وانتقادها بونارد الموجز فى القانون الادارى طبعة ١٩٣٥ ص ٣٧٤ ؛؛

رابطة تعاقدية من روابط القانون العام ، فاستبقت بذلك الأساس التعاقدى وإن ميزتها عن عقود القانون المدنى .

أما مجلس الدولة فى فرنسا ، فقد جرى بعد منتصف القرن التاسع عشر بقليل ، على أن مركز الموظف مركز نظامى وليس تعاقدياً وأن ما للوظيفة بناء على ذلك من حقوق وما عليها من واجبات مستمد من نصوص القوانين واللوائح مباشرة . وإلى هذا الرأى اتجه القضاء فى مصر [1] سواء فى المحاكم الوطنية أم فى المحاكم المختلطة حتى يمكن القول الآن بأن القضاء مستقر على اعتبار علاقة الموظف بالحكومة علاقة نظامية .

ونحن وإن كنا لا نستطيع هنا الإحاطة بكل الحجج التى قيلت فى تأييد الرأى الذى أخذت به المحاكم وانتقاد الرأى الآخر [2] ، يكفينا أن نشير إلى ما قاله دوجى ، من أن مركز الموظف محكوم وبطريق مباشر بقانون المرفق العام الذى يساهم فى خدمته . فالقانون عندما ينشىء الوظيفة ينشىء معها مركز من يشغلها ، بحيث إن الامتيازات والتكاليف المتعلقة بها لا يقصد منها شخص الموظف بل النظام العام . والقانون إذ يقرر هذه الامتيازات

---

(١) س . م ١٩٣٠/٣/٢٤ مجموعة رسمية سنة ٣١ ص ٢٩٣ رقم ١١٤ ، س . م ١٩٣٠/٥/٥ و ١٩٣٣/٣/١٢ محاماة سنة ١٣ رقم ٦٣٥ . قرب نقض مدنى ١٩٣١/١٢/٣١ مجموعة رسمية سنة ٣٣ عدد ٨٥ ص ١٦٤ ، وراجع أيضا الأحكام التى ذكرها الدكتور اسماعيل زكى فى رسالته عن ضمانات الموظفين ، وفى القضاء المختلط راجع سم ١٨٩٣/١/١١ مجموعة التشريع والقضاء سنة ٥ ص ٧٦ ، سم ١٩٠٤/١٢/٢١ مجموعة التشريع والقضاء سنة ١٧ ص ٣٨ ، سم ١٩٠٧/١/٢٣ مجموعة التشريع والقضاء سنة ١٩ ص ٩٠ ، سم ١٩٠٨/٤/٨ مجموعة التشريع والقضاء سنة ٢٠ ص ١٦٤ ، سم ١٩١٤/١٢/٣١ مجموعة التشريع والقضاء سنة ٢٧ ص ٩٨ ، سم ١٩١٥/٣/٣ مجموعة التشريع والقضاء سنة ٢٧ ص ١٨٨ ، سم ١٩١٥/٦/٢٩ مجموعة التشريع والقضاء سنة ٢٧ ص ٤٤٢ .

(٢) هوريو فى القانون الادارى طبعة ١١ ص ٥٩١ ؟؟ ، جيز فى مبادىء القانون الادارى طبعة ٣ سنة ١٩٢٥ ص ٤٤ و ٤٥ (الفن القانونى فى القانون العام الفرنسى) ، ابلتون فى القضاء الادارى بند ٢٤٣ ، جيز فى المبادىء العامة فى القانون الادارى (فى سير المصالح العمومية) طبعة ٣ سنة ١٩٢٦ ص ٧ و ٨ و ٤٢٣ ؟؟ .

والتكاليف لا يريد بهذا مصلحة الموظف نفسه بل مصلحة المرفق العام [١] .

وهذا هو ما يفسر لنا أن كل تعديل فى كادر الموظفين بتخفيض مربوط درجاتهم أو زيادة العمل المعهود إليهم يسرى عليهم بغير حاجة إلى رضاهم ، ولو أن الصلة بين الموظف والإدارة أساسها عقد لاختلف الحال ، ولوجب على طرفى التعاقد احترام شروطه ، باعتبار أن هذه الشروط شريعة المتعاقدين [٢] .

ومما يؤكد أن مركز الموظف العمومى نظامى وليس بتعاقدى ، أن الحكومة تلجأ إلى السبيل التعاقدى فى بعض الأحيان وفى أحوال خاصة ، مما يدل على أن الأصل فى التعيين هو عدم التعاقد [٣] .

ومتى انتفت الرابطة العقدية بين الموظف والدولة ، أو بعبارة أخرى بين الطبيب والشخص المعنوى العام القائم بإدارة المستشفى الذى يعمل فيه ، امتنع القول بوجود اشتراط لمصلحة المرضى . فعلى أى أساس تتحدد علاقتهم ، إن كان ثمة علاقة بالطبيب ؟

بديهى أنه لا يمكن أن توصف هذه العلاقة بأنها من قبيل الفضالة لأن علاقة الجمهور بالدولة تخوله الحق فى الاستفادة من المرافق العامة بالمجان ، والدولة لا يمكنها أن تقوم بهذه الخدمات إلا بواسطة موظفيها ، فالطبيب

---

(١) دوجى شرح القانون الدستورى ج ٣ § ٦١ ص ١٠٣ و ١٠٤ ، بونارد الموجز فى القانون الإدارى طبعة ١٩٣٥ ص ٣٦٧ .

(٢) هوريو المرجع السابق ص ٥٩٢ و ٥٩٣ ، دكتور اسماعيل زكى المرجع السابق ص ٣٥ ، بونارد المرجع السابق ص ٣٦٧ و ٣٦٨ ، جيز المرجع السابق ص ٨ ، ابلتون المرجع السابق ص ٤٥٤ بند ٢٤٣ .
محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨٩٣/١/١١ مجوعة التشريع والقضاء سنة ٥ ص ٧٦ .

(٣) راجع فى تأييد هـذا الرأى كتاب مبادىء القانون الإدارى المصرى للدكتور محمد زهير جرانه طبعة ١٩٤٤ ص ١٤٨ ؟؟ ، ودكتور اسماعيل زكى المرجع السابق ص ٣٥ ؟؟ ، بونارد المرجع السابق ص ٣٧٦ ؟؟ ، بيشوف الوظيفة العامة والعقد ص ٤٤ ؟؟ .

فى القيام بأعباء وظيفته فى المستشفى لا يعتبر فضولياً [١] .

والحقيقة أنه لا توجد أية علاقة بين المريض والطبيب ، بل العلاقة تنشأ بطريق مباشر بين المريض والدولة القائمة بأمر المستشفى ، وهذه العلاقة كما سنرى فيما بعد هى علاقة قانونية تخضع للقانون المنظم للمرفق العام وسنرى كذلك كيف أن شخصية الطبيب تندمج فى شخصية الدولة فتنطوى بذلك مسئوليته تحت مسئوليتها [٢] .

والخلاصة أنه يشترط لتعتبر مسئولية الطبيب عقدية أن يكون هناك عقد ، ولكن هذا لا يكفى بل يجب أن يكون العقد صحيحاً .

ثالثاً — يجب أن يكون العقد صحيحاً

العقد الباطل لا يترتب عليه التزام ، والمسئولية عنه تكون إذن تقصيرية [٣]

---

(١) ديموج ج ٣ بند ٢٠ .

(٢) كوللار ١٩٣٦/١٢/٢٤ ، ديفلو المرجع السابق ص ٤٦ و ٤٧ .

(٣) بهجت بدوى أصول الالتزامات ج ١ بند ١٧٤ . وفى مجلة القانون والاقتصاد سنة ٣ ص ٤٠٣ بند ٣٥ ، مصطفى مرعى المسئولية طبعة ٢ بند ١٤ ، مازو طبعة ٣ ج ١ بند ١٢٣ و ١٢٤ ، بران المرجع السابق بند ٣٢٧ ، بريتون فى سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ ، سنهورى نظرية العقد بند ٥٩٢ ، ديموج ج ٥ الالتزامات بند ١٢٤٠ ، ديمولومب المرجع السابق ج ٢٤ بند ١٠٣ ، لاروميير ج ١ — ١١١٠ بند ١٢ ، كوليه دى سانتير ٥ ص ١٩ بند ١٦ مكرر ٤ ، بيفنوار الملكية والعقد طبعة ٢ ص ٥٩٥ الفقرة الأخيرة و ص ٥٩٦ بلانيول طبعة ١١ المرجع السابق ج ٢ بند ١٤٢٦ .

ومع ذلك فقد ذهب إيهرنج إلى اعتبار المسئولية عقدية فى بعض الأحوال طبقاً لنظرية الخطأ فى تكوين العقد ؛ ومقتضى هذه النظرية أن كل متعاقد تسبب ولو عن حسن نية فى إيجاد مظهر كاذب لعقد باطل اطمأن المتعاقد الآخر إلى أنه صحيح يلتزم بمقتضى هذا العقد الباطل أن يعوض على المتعاقد الآخر ما أصابه من الضرر بسبب اطمئنانه إلى العقد بحيث يرجع إلى الحالة التى كان يصير إليها لو لم يتعاقد . وأساس هذا الالتزام خطأ تعاقدى مبنى على عقد ضمان ضمنى التزم بمقتضاه كل متعاقد أنه يضمن للمتعاقد الآخر صحة التعاقد وألا يوجد فى جانبه سبب يوجب بطلان العقد فاذا وجد هذا السبب فى جانب أحد المتعاقدين أعتبر هذا المتعاقد مخلا بالتزامه ووجب أن يدفع تعويضا . أما كيف تم عقد الضمان هذا فلا يدعى إيهرنج أنه أبرم على وجه =

= صريح فيما بين المتعاقدين بل هو يستخلصه ضمناً من ظروف التعاقد وعلى ذلك فكما أن كلا من الطرفين يضمن للآخر بعد انقضاء العقد تنفيذ ما وعد به أى يضمن له مصلحته الإيجابية فى تنفيذ العقد فهو كذلك يضمن له مصلحته السلبية فى تعويضه إذا تبين أن العقد باطل لسبب كائن فى شخصه (إيهرنج أعماله المختارة ترجمة ميلينير الفرنسية ج ٢ بند ١٦ ص ٣٨ ؟؟ ، وراجع فى الأخذ بنظرية إيهرنج بودرى لا كانتينرى وبارد المرجع السابق طبعة ٣ ج ١ بند ٣٦٢ ، لابيه فى سيرى ١٨٨٢ — ٢ — ٢٤٩ عمود ثالث الفقرة الأخيرة و ٢٥٠ عمود أول الفقرة الأولى ، سالى الالتزامات فى القانون الألمانى طبعة ٣ بند ١٦١ ص ١٧٦ و ١٧٧ م ٢٠٤ من مشروع تنقيح القانون المدنى المصرى ، قرب بلانيول إسمان المرجع السابق ج ٦ بند ١٨٩ ص ٢٥٢ وبند ٤٩٢ ص ٦٨٣ ، ومع ذلك قارن بند ٣٢٤) واذا كانت نظرية الخطأ فى تكوين العقد قد دعت اليها اعتبارات تاريخية (إيهرنج أعماله المختارة المرجع السابق ج ٢ ص ١٠ بند ٥ ؟؟ وبند ١٠ ص ٢٢ ؟؟ ، بهجت بدوى آثار التصرفات الباطلة فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ٣ ص ٣٧٩ ؟؟ ، بند ١٧ ؟؟) فانه لم يعد لها مبرر الآن بعد أن زالت هذه الاعتبارات (سنهورى نظرية العقد بند ٥٩٣ ، بهجت بدوى المرجع السابق بند ٣٧ ، مازو المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ المرجع السابق ص ٥٨٨ بند ٢٨ ؟؟ ، وبند ٢٢ ؟؟ ، ص ٥٨٢ ، مازو فى المسئولية ج ١ بند ١٢٣ و ١٢٤ ديموج الالتزامات ج ١ بند ٣٥ ص ٩٦ ؟؟ ، بران المرجع السابق ص ١٦٢ ، بلانيول ج ٢ طبعة ١١ بند ١٤٢٦) خاصة وأنها نظرية فى ذاتها منتقدة لقيامها على افتراض وهمى لا يعبر عن الواقع فى شىء فهى تجعل مصدر المسئولية عقداً ضمنيا يتعهد بمقتضاه المتعاقد بضمان صحة التعاقد ونحن انما نتناول هذا العقد ونقسر عليه المتعاقد قسرا ولا نتمشى فى ذلك مع نيته (سنهورى نظرية العقد بند ٥٩٣ ، مازو طبعة ٣ ج ١ بند ١٢٣ مصطفى مرعى المسئولية طبعة ٢ بند ١٣ و ١٤ ، حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام بند ٢٧٧) .

هل معنى هذا أن المسئولية تكون تقصيرية ؟ ألا يمكن تبرير المسئولية التعاقدية هنا بالاستناد إلى نظرية احترام الظاهر .

حقيقة إن العقد الباطل ليس من شأنه احداث أية رابطة قانونية انما قد لا يبدو البطلان واذن فشبهة العقد قائمة . فهل لا يمكن القول بأن هذا العقد الظاهر من شأنه صبغ المسئولية بجعلها تعاقدية . وهل لا يمكن لمن لم يكن له يد فى البطلان أن يستند الى حسن نيته ليدعى لنفسه مركز المتعاقد الظنى (عرض إيهرنج هذه النظرية فى المرجع السابق بند ١٣ ص ٣١ ؟؟ ورفضها) إن كانت له مصلحة فى ذلك .

الواقع أنه لا محل لاستناد أحد الطرفين إلى حسن نيته إذ ليس ثمة نص يعطى المتعاقد حسن النية مركزاً أفضل من حيث إنتاج العقد الباطل لآثاره فلو أنا أردنا أن نجعل للعقد الباطل أثراً احتراما للظاهر لوجب الاعتراف بهذا الأثر سواء قبل الأشخاص حسنى النية أم سيئى النية .

ويبدو إذن ما لهذا الرأى من خطورة . ذلك أن الاعتراف بوجود العقد الظاهر يجب منطقياً ألا يقتصر أثره على تحديد طبيعة المسئولية بل يجب أن يتعداه الى سائر النواحى الأخرى الأمر =

ويبطل العقد إذا لم يؤخذ رضا المريض بالعلاج [١].

والحال كذلك إذا كان السبب غير مشروع أو مخالفاً للآداب [٢] كما لو كان الغرض من العقد إجراء تجربة طبية خطرة لا تدعو إليها حالة المريض الصحية [٣] وهذه الفكرة تبرر الأحكام الفرنسية التي استندت إلى المادة ١٣٨٢ ؛؛ فى الحكم على الطبيب بالمسئولية لإجرائه عملية تجميل لا يتناسب خطرها مع الفائدة التى ترجى منها [٤].

رابعاً — يجب أن يكون الخطأ المنسوب الى الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشىء عن عقد العلاج [٥] : وإذن فمسئولية الطبيب تكون تقصيرية إذا كان الخطأ المنسوب إليه لا يمت بصلة إلى الرابطة العقدية كاعطاء شهادة مجاملة لإدخال شخص فى مستشفى المجاذيب [٦] أو عدم التنبيه

= الذى ينتهى بنا إلى هدم القواعد الخاصة بالبطلان .

وإذا كان القضاء قد أقر ببعض الأثر للعقد الظاهر كتصرف قانونى بالنسبة للغير فإن الإقرار بأى أثر له بهذا الوصف فيما بين المتعاقدين من شأنه أن يهدم قواعد البطلان .

وهكذا فاننا ننتهى إلى تلك الحقيقة الأولية — ما دام العقد باطلا فالرابطة معدومة — ومن ثم فالمسئولية تقصيرية (أنظر المراجع المشار اليها فى صدر هذا الهامش) .

(١) لاكاس المرجع السابق بند ٣٣ ، ديوران اتفاقات الاعفاء من المسئولية بند ٥٦ ص ١٥٦ و ١٥٧ .

(٢) ليون ١٩١٣/٦/٢٧ دالوز ١٩١٤ — ٢ — ٧٣ وتعليق لالو .

(٣) محكمة السين فى ١٩٣٥/٥/١٦ فى دالوز ١٩٣٦ — ٢ — ٩ وتعليق ديبوا ، وحكم ليون المشار اليه فى الهامش السابق ، ودنديو دى فابر فى النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤١٤ .

(٤) ديوران المرجع السابق بند ٥٦ ص ١٥٦ و ١٦٠ ولنا عود إلى هذا الموضوع .

(٥) لالو طبعة أولى بند ١٦٧ طبعة ٢ بند ٤٢٢ ، لاكاس المرجع السابق بند ٣٣ ، مازان المرجع السابق ص ٣٧ ، قرب بران المرجع السابق ص ١٩١ .

(٦) نيم ١٩١١/٧/٣ دالوز ١٩١٤ — ٢ — ٨٥ سيرى ١٩١٣ — ٢ — ١٧٧ ، قرب لاكاس — المرجع السابق بند ٣٠ ، ديوران المرجع السابق ص ١٥٦ بند =

إلى أخطاء مطبعية خاصة بتحديد جرعة الدواء مما تسببت عنه وفاة شخص[١].

خامساً — يجب أن يكون المدعى صاحب حق في الاستناد الى العقد[٢]:

وهى مسألة دقيقة. ولبيان بعض الصعوبات التى تثيرها يجب أن نفرق بين شكلين للعقد الطبي :

أولا — إذا كان الذى اختار الطبيب هو المريض أو من ينوب عنه قانوناً : وكان هو الذى رفع عليه دعوى المسئولية فمسئوليته بلا شك عقدية ، فإذا مات المريض نتيجة خطأ الطبيب كان هناك افتراضان :

الفرض الأول : اذا كان من رفع الدعوى من غير الورثة فلا شك أن دعواه تقصيرية لأنه من الغير بالنسبة للعقد الذى أجراه المتوفى مع الطبيب[٣] وهذا هو رأى أغلب الفقهاء[٤].

ومع ذلك فإن المحاكم فى فرنسا قررت بشأن عقد النقل أن أقارب

= ٥٦ ، بران المرجع السابق ص ٢٦٦ بند ٢٤٠ ، نقض ١٩٠١/١/١٨ دالوز ١٩٠٤ — ٢ — ٣٧٠ .

(١) سين ١٩١١/٤/١٣ مذكور فى لالو طبعة أولى بند ١٦٧ طبعة ثانية بند ٤٢٢ ، وبران المرجع السابق ص ٢٦٦ .

(٢) بريتون فى سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ .

(٣) ولكن هل يجوز لمن يعتبر غيراً بالنسبة للعقد أن يستند إلى عدم تنفيذه للمطالبة بالتعويض عن ضرر لحقه ؟ ألا يعتبر هذا خروجا على نسبية العقود ؟

الواقع أنه يشترط حتى يجوز للغير أن يستند إلى عدم تنفيذ عقد ألا يكون قصده من ذلك أن يحتج لمصلحته بالتزام وضع لمصلحة أحد المتعاقدين فحسب أما الادعاء بأن شخصاً أجرى عقداً وأنه لم ينفذ التزامه فهو ادعاء بواقعة مادية يجوز للكافة الاحتجاج بها دون أن يكون هناك خروج على قاعدة نسبية العقود (مازو فى المسئولية طبعة ٣ ج ١ بند ٣/١٤٤ ، سافاتييه مبدأ نسبية العقود — المجلة الفصلية ١٩٣٤ ص ٥٢٥ ، سافاتييه فى دالوز ١٩٣٤ — ١ — ٥٩ — أنظر رابعا (١٠) ص ٦١ ، Lalou — Les ayants droits à l'indemnité à la suite d'accidents mortels, D. H. 1931, p. 27.

(٤) جوسران — النقل طبعة ٢ بند ٩٢١ مكرر ، لالو طبعة أولى فى المسئولية بند ٢٨١ وطبعة ٢ بند ٦٥٠ ، بران المرجع السابق ص ٣٣٦ بند ٣٠٩ .

المسافر لهم الحق فى استعمال الدعوى التعاقدية حال وفاته [١] مستندة فى ذلك إلى إحدى فكرتين :

فتارة افترضت أن المسافر اشترط تعويضاً فى حالة وفاته لمصلحة كل من كان ملزماً قبلهم بالمساعدة التزاماً قانونياً (م ٢٠٣ م ف و ٢١٢ م) [٢] أو على حد تعبير حكم آخر لمصلحة من لهم حق طبيعى أو قانونى فى الاستفادة من وجوده [٣] .

وتطبيق هذه الفكرة على المسئولية الطبية أمر هين فيكون لمن كان لهم الحق فى الاستفادة من وجود المتوفى أن يتمسكوا باشتراط عقده المتوفى لمصلحتهم .

ولكن هذه الحيلة مبنية على افتراض تحكمى [٤] إذ لم يدر فى خلد

(١) نقض ٢١/٤/١٩١٣ دالوز ١٩١٣ — ١ — ٢٤٩ سيرى ١٩١٤ — ١ — ٥ وتعليق ليون كان ، جرينوبل ١٥/٣/١٩٢١ دالوز ١٩٢٢ — ٢ — ٢٥ ، أنجير ١٣ مايو سنة ١٩٢٩ دالوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٦١ وتعليق جوسران ، نقض ٦/١٢/١٩٣٢ دالوز ١٩٣٣ — ١ — ١٣٧ سيرى ١٩٣٤ — ١ — ٨١ .

(٢) نقض ٢٤ مايو سنة ١٩٣٣ سيرى ١٩٣٤ — ١ — ٨١ دالوز ١٩٣٣ — ١ — ١٣٧ .

(٣) بورجوان فى ٨/١١/١٩٢٠ فى دالوز ١٩٢٢ — ٢ — ٢٦ . ولقد جاء فى حيثيات هذا الحكم فى العمود الأول من ص ٢٧ : «Attendu qu'il serait contraire au droit et à l'equité de décider que les héritiers du victime ont seuls qualité pour se prévaloir du contrat de transport; que d'une part en equité une telle solution aboutirait à priver une veuve du bénéfice du contrat alors qu'un simple héritier testamentaire pourrait s'en prévaloir au moins en principe; que d'autre part en droit le contrat de transport d'une personne ne vise pas simplement comme celui d'un objet de valeur incorporée dans un patrimoine valeur qui passe tout entière dans la succession de celui qui la possède; qu'il vise nécessairement toutes les forces materielles et morales representées par la personne transportée c'est à dire une valeur productive qui n'a rien de commun avec celle de ses biens succeraux; qu'il constitue donc une stipulation au profit de tous ceux qui ont un droit naturel et legal à bénéficier non de biens mais de l'existence de la personne transportée».

(٤) مازو المسئولية طبعة ٣ ج ١ بند ١٤١ ، رواست دالوز ١٩٢٢ — ٢ — ٢٦ .

المسافر أو المريض أن يفكر فيمن يستفيدون من وجوده وقت أن تعاقد، ومن ناحية أخرى لا يمكن القول بأن متولى النقل أو الطبيب قد قصد أن يلتزم قبل عدد غير محدد من الأشخاص .

وتارة أخرى اتجهت بعض المحاكم إلى اعتبار الأقارب خلفاء للمتوفى . ففي العقود التي تضع حياة الإنسان موضع الخطر قالت بأنه يفترض أن المجنى عليه يمثل إلى جانب ورثته كل من كانت تربطه بهم رابطة تعاضد ومساعدة فهم خلفاء له يستمدون حقوقهم من العقد ذاته [١] .

ولكن هذه الفكرة لا تقوى أمام النقد [٢] إذ لا يفهم كيف أن

= العمود الأول ، بران المرجع السابق ص ٣٣٨ بند ٣١٠ ، جوسران تحت ١٩٣٢/١٢/٦ و ١٩٣٣/٥/٢٤ في دالوز ١٩٣٣ — ١ — ٣٨ العمود الأول وجوسران في دالوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٦٣ عمود ٢ ، جوسران النقل بند ٩٢١ مكرر ، ريبير النظام الديموقراطي والقانون المدني بند ١٧١ ، بريتون في سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ ، قارن إسمان في سيرى ١٩٣٤ — ١ — ٨١ وهو يؤيد فكرة الاشتراط .

(١) استئناف جرينوبل في ١٩٢١/٣/١٥ ، دالوز ١٩٢٢ — ٢ — ٢٥ ، ولقد جاء في حيثياته (ص ٢٨ العمود الأول) : « Attendu il est vrai qu'ils objectent : que s'agissant d'une responsabilité contractuelle ceux la seuls peuvent en arguer qui sont héritiers ou ayants cause de la victime et que tel ne serait pas le cas du mari de la dame Palot; — mais attendu d'une part que le préjudice résultant de la mort provienne d'une faute ou de l'inexécution d'une obligation et d'autre part que si aux termes de l'art 1165 civ. les conventions ne nuisent ni ne profitent aux tiers on ne saurait considerer comme des tiers respectivement les personnes entre lesquelles la loi positive sanctionnant la loi préexistante de nature, a établi un lien d'assistance réciproque entre le mari et la femme, les pères et mères et leurs enfants; que dans un contrat comme le contrat de transport qui met en jeu l'existence même de la personne transportée celle-ci represente au contrat non seulement ses héritiers mais encore les personnes qui lui sont attachées par le lien naturel et légal susdit, et qui à ce titre doivent être rangées parmi ses ayants cause (art. 1122), que dès lors ces personnes peuvent se prévaloir de l'exécution de l'obligation et réclamer la réparation du préjudice que cette inexécution leur a causé... ».

قرب حكم محكمة أنجير في ١٩٢٩/٥/١٣ دالوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٦١ .

(٢) راجع في انتقاد فكرة الاستخلاف إسمان في سيرى ١٩٣٤ — ١ — ٨١ العمود الثاني الفقرة الأخيرة .

وجود التزام قانونى بالتعاضد والمساعدة بين شخصين يمنع من اعتبار أحدهما غيراً بالنسبة للعقد الذى أجراه الآخر [١] . حقاً قد يقال إن الدائن بالنفقة مثلا لا يعتبر من الغير بمعنى أن له أن يستعمل الدعوى التعاقدية التى كانت للمتوفى بطريق الدعوى غير المباشرة ولكن من السهل أن نتبين أن شروط هذه الدعوى ليست متوافرة ، إذ لا يجوز للدائن أن يستعمل حق مدينه إلا فى حالة إهماله ومن ثم يجب أن يفترض أن الورثة — وهم خلفاء المتوفى والذين يباشرون شؤون التركة بإسمه إلى أن تقضى ديونه — قد أهملوا فى المطالبة بحقه . وفضلا عن ذلك فالدائن فى الدعوى غير المباشرة يستعمل حق مدينه مع أن المحاكم تعطى لقريب المتوفى الحق فى دعوى مباشرة وتمنحه التعويض الكامل عما لحقه من الضرر [٢] .

وهكذا يتبين لنا أن الحجج التى استندت إليها المحاكم عاجزة عن أن تبرر إعطاء الدعوى التعاقدية لأقارب المتوفى من غير ورثته .

الفرض الثانى : اذا كان من رفع الدعوى من الورثة :

الورثة خلفاء للمتوفى فى جميع حقوقه ومن ثم يبدو أن دعواهم قبل الطبيب تكون عقدية ما دامت تستند إلى تقصيره فى تنفيذ التزام أوجبه على نفسه بالعقد الذى أجراه مع مورثهم .

---

(١) هنرى مازو فى المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ المرجع السابق ص ٦٠٦ بند ٤٦ ، رواست فى دالوز ١٩٢٢ — ٢ — ٢٦ . ويقول جوسران فى دالوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٦٣ عمود ٢ فقرة ٣ فى انتقاد الفكرة التى استندت عليها محكمة جرينوبل ما نصه :
« Cette concéption très nettement presentée par la Cour de Grénoble moins accusée dans l'arrêt de la cour d'Angers, bouleverse le droit actuel; elle éténd arbitrairement le cércle des ayants cause au délà des héritiers et des créanciers ; elle confère à la convention un retentissement excessif contraire à la tradition et aussi à la logique : on ne comprend pas qu'une personne puisse réclamer une indemnité abstraction faite de sa qualité d'héritier du contractant et en se fondant cependant sur le contrat auquel elle est demeurée totalement étrangère ; pour séparer sa cause de celle de la victime pour poursuivre la réparation d'un dommage personnel il faut de toute necessité qu'elle se place sur le terrain delictuel ».

(٢) بران المرجع السابق بند ٣١١ ص ٣٣٨ ؟؟ .

ومع ذلك فإن المحاكم فى أول الأمر ترددت فى إعطاء الورثة الحق فى هذه الدعوى إذ اعتبرت دعوى التعويض عن الأضرار التى تلحق جسم المتوفى من الدعاوى الشخصية البحتة التى لا تنتقل إلى ورثته [١] ولكنها لم تلبث أن عدلت عن هذا الرأى إذ أن دعوى التعويض ليس الغرض منها الاقتصاص من الجانى بل تعويض الافتقار الذى لحق ذمة المتوفى [٢].

ولكن هل حقاً قد حصل بالوفاة افتقار فى ذمة المورث ؟

قيل إن ذمة المورث تتحدد بالوفاة فالضرر الذى أصابه قد حصل فى وقت كانت ذمته فيه قد تحددت ومن ثم فلا يتصور كيف يمكن للورثة أن يطالبوا باسمه بالتعويض عن ضرر ما كان له أن يتحمل نتائجه وهو موته شخصياً [٣].

ولكن هذا القول مبنى على فهم غير صحيح لفكرة الذمة المالية . حقاً إن الذمة تتحدد بالوفاة ولكن قبل الوفاة كانت ذمة المورث تشمل كل المزايا التى كان يجنيها من حياته وقواه العقلية والجسمانية ولا شك أن هذه الثروة المادية قد زالت بوفاته ، فأحدثت نقصاً مؤكداً فى ذمته ومن ثم فللوارث الذى تلقى محتويات هذه الذمة أن يطالب بالتعويض عما سببته الوفاة من افتقار فيها وهو فى ذلك يستعمل دعوى كانت لمورثه قبل من

---

(١) أميان ١٩٠١/٧/١٠ سيرى ١٩٠٢ — ٢ — ٨٠٢ ، إسمان فى سيرى ١٩٣٤ — ١ — ٨٤ عمود ٢ § ٣ ، محكمة السين ١٨٧٩/١/٩ سيرى ١٨٨١ — ٢ — ٢١ (وقد رفضت اعطاء الدائنين الحق فى رفع دعوى للمطالبة بالتعويض عن حادثة أودت بحياة مدينهم) ، بلانيول إسمان ج ٦ بند ٦٥٨ .

(٢) بران المرجع السابق ص ٣٤٦ بند ٣١٦ ، لاكوست فى سيرى ١٩٠٥ — ٢ — ٨٢ عمود أول .

(٣) جوسران تحت أنجير ١٣ مايو سنة ١٩٢٩ دالوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٦١ أنظر ص ١٦٤ العمود الأول ، بران المرجع السابق ص ٣٤٣ و ٣٤٤ بند ٣١٤ و ٣١٥ ، جوسران تحت ١٩٣٢/١٢/٦ و ١٩٣٣/٥/٢٤ فى دالوز ١٩٣٣ — ١ — ١٣٧ (الفقرة الأخيرة من العمود الأول) سين ١٨٧٩/١/٩ سيرى ١٨٨١ — ٢ — ٢١ ، تولوز ١٩٠٢/٤/١٧ سيرى ١٩٠٥ — ٢ — ٨١ .

تعاقد معه . والقول بغير ذلك معناه الادعاء بأن من يقتــل لا يتحمل أى ضرر من وفاته ما دام قد فارق الحياة وفى ذلك خلط بين تحقق الضرر والاستحالة المادية فى المطالبة بالتعويض عنه [١] .

وإذا كان للوارث أن يستعمل الدعوى التعاقدية التى كانت لمورثه فمفهوم أن موضوع دعواه هو التعويض عن الضرر الذى تحمــله المتوفى وبقدر نصيبه فى التركة . فللحصول على التعويض عن الضرر الذى أصابه شخصياً — مادياً كان أو أدبياً — للوارث أن يســتعمل دعوى المسئولية التقصيريه [٢] وهو ما قررته محكمة النقض الفرنسية فى مناسبات متعددة ؛

---

(١) مازو المسئوليــة طبعة ٣ ج ١ بند ١٤٠ ، هنرى مازو المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ المرجع السابق بنــد ٤٥ ، مصطفى مرعى — المسئولية المدنية طبعة ٢ بند ٣٢٥ ، لابيه فى سيرى ١٨٨١ — ٢ — ٢١ ؛؛ حيث يقول (فقرة أخيرة عمود ثالث) : « Un délit... a pour effet d'accabler la personne d'infirmités telle qu'elle est rendue incapable de tout travail de toute occupation de toute volonté. Elle a peut être de quoi vivre. Elle verra ses plaies se cicatriser, ses douleurs physiques s'éteindre. Elle est néanmoins et elle demeure lésée notamment en ce que son activité ne peut plus se développer son patrimoine ne peut plus s'accroître. Elle a droit à des dommages et interêt... (p. 22 col. 1), non seulement à raison des souffrances physiques ou morales qu'elle endure mais encore à raison de ce que tout essor dans le champ de l'activité humaine lui est désomais impossible.

Un délit a pour effet de términer immédiatement la vie de la victime. Le même tort est causé en ce que le développement du patrimoine est arrêté, les entreprises désquelles la personne espérait la fortune, sont intérrompues et reduites à l'avortement. Le dommage fait au patrimoine est le même ».

قارن : لاكوست تحت تولوز ١٩٠٢/٤/١٧ سيرى ١٩٠٥ — ٢ — ٨١ § ١ ، إسمان فى سيرى ١٩٢٤ — ١ — ١٥٣ وفى سيرى ١٩٣٤ — ١ — ٨١ وهو يقرر للوارث بالدعوى التعاقدية للمطالبــة بالتعويض عن الأضرار التى لحقته شخصياً ، باريس ١٩٣٠/٢/٥ جازيت باليــه ١٩٣٠ — ١ — ٦٣٩ وهو يقر لزوج المتوفاة بالدعوى التعاقدية للمطالبــة بالتعويض عن الأضرار التى لحقته شخصياً . عكس جوسران فى دالوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٦١ خاصة ص ١٦٤ العمود الثانى .

(٢) ريبير المجلة الانتقادية سنة ١٩١٤ ص ١٩٧ ، رواست فى دالوز ١٩٢٢ — ٢ — ٢٥ العمود الثانى ، جوسران فى دالوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٦٢ العمود الأول ، =

من ذلك أنها اعتبرت دعوى الأرمل تقصيرية إن هى طالبت بائع زجاجة أسيتيلين بالتعويض عن انفجار سبب وفاة زوجها [١]، وبالمثل اعتبرت دعواها تقصيرية إذا طالبت بائع سيارة بالتعويض عن حادثة ناشئة عن عيب فى آلتها [٢].

وهنا تعرض مسألة دقيقة وهى : هل للوارث أن يجمع بين الدعويين التقصيرية والتعاقدية [٣].

أجابت على ذلك المحاكم بالايجاب مشيرة إلى أن الدعويين منفصلتين . والواقع أنه ليس فى الأمر جمع حقيق إذ أن موضوع الدعويين مختلف [٤]

= ديموج الالتزامات ج ٥ بند ١٢٤٧ ، ديوران اتفاقات الاعفاء من المسئولية بند ٥٦ ص ١٥٧ ، مازو ج ١ طبعة ٣ بند ١٤١ عرائض ١٩٢٥/٧/٢٧ دالوز ١٩٢٦ — ١ — ٥ ، سافاتييه المسئولية ج ٢ بند ٧٧٦ ، تولوز ١٩٠٢/٤/١٧ سيرى ١٩٠٥ — ٢ — ٨١ ، وتعليق لاكوست § ٢ ص ٨٢ عمود ٣ ؟؛ . قارن لالو المسئولية طبعة ٢ بند ٦٥٠ .

ولما كانت هذه الدعوى مستقلة عن العقد الذى أجراه المتوفى فانه لا يحتج على الوارث بما تضمنه العقد من شروط للاعفاء من المسئولية (نقض ١٩٢٤/٧/٢٧ سيرى ١٩٢٥ — ١ — ٢٤٩ ، مازو المسئولية ج ١ بند ١٤١ ، ليون كان فى سيرى ١٩١٤ — ١ — ٥ عمود أول و ص ٧ عمود ٢) واذا كان الأمر كذلك فلا غرو أن رأينا ريبير (فى دالوز ١٩٢٦ — ١ — ٥ تعليقاً على عرائض ١٩٢٥/٧/٢٧ ، راجع ص ٦ عمود ٢) يعترض على إعطاء الوارث هذه الدعوى مقرراً أنه من العبث القول بأن دعوى الوارث مستقلة عن العقد الذى أجراه المتوفى إذ أن ذلك يفترض حتماً أن يحصل إثبات الخطأ بغير إشارة إلى الالتزامات التى أنشأها العقد . وكيف يكون ذلك وخطأ المسئول يفترض حتماً تقصيراً من جانبه فى تنفيذ عقده . ولكن هذا الاعتراض غير حاسم فلئن كانت الدعويان مؤسستين على واقعة واحدة فان موضوعها مختلف ، وكل خاص برابطة قائمة بذاتها وإن اتحدا فى المصدر .

(١) نقض ١٩٣١/٧/٢٢ دالوز الأسبوعى ١٩٣١ — ٥٠٦ .

(٢) نقض ١٩٣٧/٣/٨ سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٢٤١ وراجع فى تطبيق نفس المبدأ نقض ١٩٢٤/٧/٢٧ سيرى ١٩٢٥ — ١ — ٢٤٩ وتعليق إسمان .

(٣) بران المراجع السابق ص ٣٥١ بند ٣٢١ ؟؛ .

(٤) محكمة ميلوم ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ جازيت باليه ١٩٢٧ — ٢ — ٣٠٠ نقض ١٩٣٧/٣/٨ ، سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٢٤١ .

فالغاية من الدعوى التعاقدية هي التعويض عن الضرر الذى أصاب نفس المتوفى أما الدعوى التقصيرية فغايتها التعويض عن الضرر الذى أصاب رافعها شخصياً ومن ثم فكل من الدعويين خاص بعلاقة قائمة بذاتها (١) .

ثانياً — إذا كان الذى عقد العقد غير المريض ولا يمثله لا قانوناً ولا اتفاقاً : كعقد يجريه قريب للمريض أو زوج لزوجه أو رب عمل لعماله . وهنا يجب أن نفرق بين ثلاثة فروض :

فإذا كان من تعاقد مع الطبيب قد تعاقد باسمه مشترطاً للمريض حقاً مباشراً من العقد طبقت أحكام الاشتراط لمصلحة الغير .

وإذا كان قد تعاقد باسم المريض ولمصلحته طبقت أحكام الفضالة . وسبق أن بينا أنه فى كلا الفرضين تكون العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية .

ويبقى إذن الفرض الأخير وهو حالة ما إذا كان من تعاقد مع الطبيب قد تعاقد باسمه ولتحقيق مصلحته الشخصية دون أن يقصد إعطاء المريض حقاً مباشراً من العقد (٢) .

وظاهر أنه فى هذه الحالة لا يمكن القول بوجود اشتراط لمصلحة المريض كما أنه لا يمكن اعتبار من تعاقد مع الطبيب نائباً عنه بوصف كونه فضولياً لأنه لم يقصد من العقد تحقيق منفعة له . ومن ثم يجب أن نرجع الأمر إلى القواعد العامة ، فيكون لمن تعاقد مع الطبيب الحق فى استعمال الدعوى التعاقدية . ولكن المريض لا يكون من حقه الاستناد إلا إلى المادة

---

(١) مازو المجلة الفصلية ١٩٢٩ المرجع السابق بند ٤٦ ، بلانيول إسمان ج ٦ بند ٦٥٨ ، رواست دالوز ١٩٢٢ — ٢ — ٢٥ العمود الثانى ، قارن جوسران فى دالوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٦٣ العمود الأول ، وليون كان فى سيرى ١٩١٤ — ١ — ٧ عمود ثانى وثالث .

(٢) قرب بو ١٩٠٠/٥/١ سيرى ١٩٠٠ — ٢ — ٣٠١ .

١٥١/١٦٣/١٣٨٢ و ١٣٨٣ م لأنه يعتبر من الغير بالنسبة للعقد الذى حصل[١] .

ودون أن نقف طويلا نشير هنا إلى أن حكم ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ قد أدخل التعقيد على موضوع كانت ميزته البساطة والوحدة فى الأحكام الواجبة التطبيق .

وأول مشكلة أثارها هذا الحكم هى تكييف عقد العلاج وهى مشكلة لها أهميتها لأن القواعد التى تحكم العقود المختلفة قد تكون جد متباينة .

وقبل أن نتعرض للآراء المختلفة فى تكييف عقد العلاج[٢] نلاحظ ابتداء أنه يمتاز بتخويل كل من المريض والطبيب الحق فى فسخ العقد بإرادته المنفردة . فكما يقول پيلون[٣] لا يمكن التسليم بسلب المريض حقه فى أن يقطع علاقته بالطبيب فجأة بإرادته وحده دون أن يتعرض للحكم عليه بالتعويض — حتى لو كان طبيبه المعتاد — إذا اعتقد أنه يسلك فى علاجه سبيلا خاطئاً وأن طبيباً آخر قد يحسن علاجه .

ومن جهة أخرى إذا كان الطبيب ملزماً بألا يهجر المريض الذى يتعهد بعلاجه فإن من حقه أن يتحلل من هذا الالتزام بإرادته المنفردة إذا وجد نفسه أمام مريض ملح فى طلباته أو مأخوذ بهواه . وهذه المكنة المتبادلة فى فسخ العقد ليست كما يبدو محلا للجدل . فالعقد الطبي يعرض المريض لأخطار من حقه وحده أن يقدرها ومن جهة الطبيب ، هو يفرض عليه

---

(١) ومع ذلك راجع ما سبق أن قلناه بشأن حقه فى استعمال الدعوى التعاقدية بطريق غير مباشر .

(٢) ديفلو المرجع السابق ص ٣٨ و ٣٩ ، فالسيمى فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ٩٣ تحت نقض ٣ مارس سنة ١٩٢١ .

(٣) E. P. فى دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ § ١٨ .

وراجع أيضا : **Ferrand Ferrés — Du fondement et du caractère de la responsabilité des médecins, Thèse, Strasbourg, 1934, p. 203.**

نشاطاً وتفانياً له صبغة شخصية ، بحيث لا يمكن أن يفرض عليه مباشرته رغم إرادته ، إذ هو يفترض حرية كاملة .

ولكن قد يمكن التساؤل فيما إذا كانت هذه المكنة فى الفسخ ليس من شأنها أن تعرض من يستعملها للحكم عليه بالتعويض .

يبدو لنا أنه يجب أن نفرق بين المريض والطبيب . ففيما يتعلق بالطبيب ، حقه فى الفسخ مقيد بعدم هجر المريض فى وقت غير لائق أثناء العلاج . وهذا الالتزام الذى تفرضه الواجبات المهنية يمنع الطبيب كما يظهر من أن يهجر المريض كلما كان هناك سبب — كعدم وجود طبيب آخر أو خطر وقف العلاج أو اعتقاد المريض أن الطبيب سوف يستمر فى العناية به — يجعل فى هجر المريض خطراً حقيقياً يهدد المريض بالضرر ، ومن ثم نرى أن حق الطبيب مقيد إلى حد ما [١] .

والآن بعد إبراز هذه الصفة نقول إن الآراء تشعبت فى وصف عقد العلاج فذهبت فى ذلك أربعة مذاهب [٢] :

أولا — عقد وكالة :

ليس اعتبار العقد بين المريض والطبيب صورة من عقد الوكالة إلا صدى لأفكار اجتماعية بالية . فلقد بنى أنصار هذه النظرية فكرتهم على اعتبار تاريخى . إذ كان القانون الرومانى يفرق بين المهن الحرة والحرف اليدوية التى كان يزاولها الأرقاء عادة . وكان يعتبر العقد فى الحالة الأولى من

---

(١) بريتون فى سيرى ١٩٣٩ — ١ — ٢١٦ ؛؛ .

(٢) مورو المسئولية الطبية ص ١٦ بند ١١ .

راجع أيضا قضاء محكمة الاتحاد السويسرى فبعد أن كانت تعتبر عقد العلاج عقد عمل أصبحت تميل إلى اعتباره عقد وكالة (اميل تيلو فى التعليق على القضاء السويسرى — المجلة الفصلية سنة ١٩٣٢ ص ١١٧٥) وانظر ليون ١٩٠٩/١٢/٧ دالوز ١٩١٣ — ٢ — ٧٣ ، وجنيف ١٩٣٦/٥/٢٦ المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ ، فى تعليقات اميل تيلو على القضاء السويسرى ص ٩٠٤ .

قبيل الوكالة وفى الحالة الثانية من قبيل الإيجار [١] . ذلك أن أهل الطبقات العليا لايصح أن يؤجروا خدماتهم. وكانت النتيجة الطبيعية لذلك أن حرم الطبيب والمحامى من حق مطالبة حريفه بأتعاب لأن الوكالة كانت عقد تبرع وجوباً .

ولقد تأثر فقهاء القانون الفرنسى القديم بالرأى السائد فى عهد الرومان فاعتبر بوتييه [٢] العقد بين الطبيب والمريض عقد وكالة ، ولكنه لجأ إلى حيلة لتبرير حق الطبيب فى المطالبة بالأجر على عمله فقال إن المريض يجب عليه أن يقدم هبة لطبيبه ليخفف عن عاتقه واجب الوفاء والعرفان بالجميل الذى يثقل كاهله .

على أن القانون إذ نص فى المادة ١٩٨٦/٧٠٤/٥١٣ م على أن الوكالة قد تكون بأجر وفر على أنصار هذا الرأى مؤونة الالتجاء إلى الحيلة لتبرير حق الطبيب فى أتعابه .

ويقف ترولونج [٣] طويلا لتبرير المركز الخاص الذى يجب أن تشغله بعض المهن الحرة فيقول « عند ما يبذل لنا هؤلاء الرجال عناية فإنا ندين لهم بما وراء المادة ولا نبرأ قبلهم بما ندفعه لهم . . . وإنهم لا يؤسروننا بفنهم بقدر ما يؤسروننا بلطفهم وبذل ذاتهم ... وإنه لإنكار للجميل أن أظن أن هؤلاء الذين يكرسون جهودهم للمحافظة على حياتنا وتهيئة أسباب الراحة لنا يكفيهم مكافأة على عملهم أن أدفع لهم الأجر الذى وعدتهم به . فإذا أبرأت نفسى من أجر عملهم فإنى أظل دائماً مديناً بإخلاصهم وبذل ذاتهم » . فالنقود تكفى من يعمل بيده ولكنها لا تكافىء الأطباء على فضلهم . وينتهى ترولونج إلى أن عقد الطبيب لا يمكن وصفه إلا بأنه وكالة حتى

(١) ساهو المرجع السابق ص ٤٤ ، قرب برى مبادىء القانون الرومانى ج ٢ ص ١٨٩ .

(٢) بوتييه شرح الوكالة — الفصل الأول القسم الثانى ص ٩٦ .

(٣) ترولونج فى الوكالة ج ٦ بند ١٩٠ ص ٢٠٧ ؟؟ .

لا يشبه بالبناء الذى يؤجر نفسه مياومة . فالإيجار خاص بالحرف الآلية ولا يمكن تشبيه الطبيب بالعامل ومن ثم لا يمكن وصف عقد العلاج إلا بأنه وكالة [١] .

وهذه النظرية محل للانتقاد [٢] من وجهين :

فمن حيث الواقع — هى مبنية على تفاوت فى المهن ليس له ما يبرره الآن . لا شك أن الطبيب يسعى إلى علاج المريض والتخفيف من آلامه ولكننا لا نستطيع أن نفكر أنه يسعى لكسب عيشه . وفضلا عن ذلك فالقانون لا يقر بوجود تفاوت بين العقود ولا محل لاعتبار الوكالة أرفع من أى عقد آخر كالايجار مثلا .

ومن حيث القانون — معروف أن الوكالة قائمة على فكرة النيابة فكيف يمكن أن يتصور أن الطبيب ينوب عن المريض فى العلاج . إن الطبيب يزاول مهنته باسمه [٣] وهو يتمتع فى ذلك بكامل الحرية ولا رقيب عليه إلا ضميره وقواعد المهنة التى يزاولها . وزيادة على ذلك فالوكالة قائمة على فكرة النيابة فى التصرفات القانونية فأى تصرف قانونى يقوم به الطبيب فى وصف العلاج [٤] .

---

(١) بيزانسون ١٩٠٣/٤/٨ مذكور فى مانش المرجع السابق ص ٨٧ .

(٢) نيجر المرجع السابق ص ٤٠ ، مانش المرجع السابق ص ٨٦ و ٨٧ ، ساهو المرجع السابق ص ٤٦ .

(٣) مازان المرجع السابق ص ٣٥ ، دالوز تحت حكم ليون ١٩٠٩/١٢/٧ فى دالوز ١٩١٣ — ٢ — ٧٣ ، بودرى ووحل فى الوكالة طبعة ٣ بند ٣٧٨ ، لابيه فى سيرى ١٨٩٣ — ١ — ٤٩٧ ؛؛ خاصة العمود الثانى ص ٤٩٧ ، كازابلانكا ١٩٢٨/٢/١٣ فى النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤١٣ .

(٤) لاكاس — المرجع السابق بند ١٤٢ ، برو المرجع السابق ص ٥٠ ، بلانيول ريبير رواست وسافاتييه ج ١١ العقود المدنيـة بند ٧٧٦ و ٩٠٩ و ١٤٣٠ والمراجع المشار اليها فيها ، فالسيمى فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ٩٣ العمود الأول ، بريتون فى سيرى ١٩٣٩ — ١ — ٢١٦ ، دونديو دى فابر فى النشرة الطبية الشرعيـة ١٩٣١ ص ٤١٣ و ٤١٤ .

ثانيا — نظرية عقد ايجار الأشخاص :

وصفت بعض المحاكم العقد الطبي بأنه عقد إجارة أشخاص [١] فالطبيب يعد بخدمة فى مقابل أجر معين [٢] وليس هناك محل للتفرقة بين الأعمال المادية والأعمال العقلية [٣].

وهذه النظرية غير مقبولة [٤] لأن عقد إيجار الأشخاص يفترض وجود رابطة تبعية وخضوع بين المؤجر والأجير [٥] وهو مالا يمكن توفره فى العلاقة بين الطبيب والمريض . فالطبيب يجب أن يتمتع بحرية

(١) اكس فى ١٩٣١/٧/١٦ دالوز ١٩٣٢ — ٢ — ٥ سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ محاماة سنة ١٢ رقم ٥٣٠ ص ١٠٤٩ ، دويه الاستئنافية ١٩٣٤/٣/٢٦ المجلة الفصلية ١٩٣٤ ص ٦٠٩ بند ١٤ ، محكمة الاتحاد السويسرى ١٨٩٢/٦/١٠ سيرى ١٨٩٢ — ٤ — ٣٨ ، مونتبليه ١٩٣٣/٢/٦ جازيت باليه ١٩٣٣ — ١ — ٧٤٠ دالوز الأسبوعى ١٩٣٣ — ٢٧٥ ، كازابلانكا فى ١٩٢٨/٢/١٣ فى النشرة الطبية الشرعية ١٩٣١ ص ٤١٣ .

(٢) بلانش روديه المرجع السابق ص ١٩٥ ، برو المرجع السابق ص ٥١ و ٥٢ ، لوران ج ٢٧ طبعة ٤ بند ٣٣٣ خاصة ص ٣٧٥ ، بودرى ووحل فى الوكالة طبعة ٣ بند ٣٧٨ و ٣٧٩ ص ١٨٧ ؟؟ (ويلاحظ أنهما وصفا عقد العلاج بأنه عقد ايجار أشخاص ولكنهما أخذا هذا التعبير بمدلوله العام ولم يبينا ما اذا كان المقصود به عقد العمل أو عقد الاستصناع) ، مانش المرجع السابق ص ٨٧ و ٨٨ ، جرافن المرجع السابق ص ٨٦ ؟؟ .

(٣) بيرو فى سيرى ١٩٢٤ — ٢ — ٥٧ فى العمود الثانى تحت سين ١٩٢١/٥/٢٤ ، لوران ج ٢٧ طبعة ٤ بند ٣٣٣ . وراجع القانون المدنى الألمانى م ٦١١ وقانون الالتزامات السويسرى م ٣٦١ .

(٤) نقض ٢١ أغسطس ١٨٣٩ سيرى ١٨٣٩ — ١ — ٦٦٣ ، جويارد Gouillard فى الايجار ج ٢ طبعة ٣ بند ٦٩٦ خاصة ص ٢٦٢ ، ساهو المرجع السابق ص ٤٨ ؟؟ ، بريتون فى سيرى ١٨٣٩ — ١ — ٢١٦ ، بلانيول ريبير رواست ج ١١ بند ٧٧٦ .

(٥) Paul Cuche — La définition du salaire et le critérium de dépendance économique, chronique, D. H. 1932 p. 101 et s. ، بلانيول رواست ج ١١ بند ٧٧٢ ، نقض ١٩٢٥/٤/٢٤ سيرى ١٩٢٨ — ١ — ٦٥ وتعليق كوست ١٩٢٦/١١/٢٣ سيرى ١٩٢٧ — ١ — ٢٤ وتعليق إسمان م ٩٣٣ من مشروع تنقيح القانون المدنى والمذكرة الايضاحية ج ٣ ص ٥٠٢ و ٥٠٣ وأحكام القضاء الدولى التى تشير اليها .

كاملة فى تطبيق أصول فنه وذلك شرط أساسى لنجاحه فى مزاولة مهنته فاعتبار العقد الطبى عقد إيجار أشخاص فيه قيد شديد على حريته [١] . ولا يخفى أن الطبيب إذا كان مقيد الحرية فى اختيار العلاج فمن حقه أن يلقى بنصيب من المسئولية على من كان صاحب الحق فى إصدار الأمر إليه [٢].

على أن هذا القول يجب ألا يؤخذ على إطلاقه ذلك أن المهنة الطبية أخذت مع تطور الحياة العصرية تظهر فى صور جديدة وأوضاع بعيدة عن أن تكون فردية فأصبحنا نرى أصحاب المصانع يتفقون مع بعض الأطباء لعلاج من يصاب من عمالهم وشركات التأمين تتفق مع بعض الأطباء للكشف عن حالة من يرغبون فى التأمين على حياتهم ... فلا غرو إن تأثر تكييف العقد الطبى بهذه الحقائق الجديدة . وعلى ذلك إذا كانت نظرية إجارة الأشخاص غير مقبولة بوجه عام فهى لا شك تطبق فى حالة خاصة ولكنها أصبحت كثيرة الوقوع عملا وهى حالة تقديم الطبيب خدماته لمرضى مستشفى أو مشروع خاص [٣] ، حقاً إن الطبيب هنا كما هى الحال دائماً لا يخضع فى كيفية أدائه لمهنته من الناحية الفنية لأية رقابة ولكن هناك نوعاً من التبعية النسبية تنحصر فى أن الطبيب يلتزم قبل الشركة أو المستشفى

---

(١) فالسيمى فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ٩٣ ، قرب بلانيول إسمان ج ٦ بند ٦٤٨ .

(٢) ساهو المرجع السابق ص ٥٠ .

(٣) سافاتييه فى المسئولية بند ٣٠٠ ، فيك Fick طبعة ١٩١٥ فى التعليق على المادة ٣١٩ من قانون الالتزامات السويسرى ص ٥٣١ ، بريتون فى سيرى ١٩٣٩ — ١ — ٢١٦ ؛؛ خاصة العمود الثانى ص ٢١٨ . قرب بيرو فى سيرى ١٩٢٤ — ٢ — ٥٧ خاصة العمود الثالث . وقارن نقض ٣ مارس ١٩٢٦ سيرى ١٩٢٦ — ١ — ١١٦ والتعليق . عكس فالسيمى فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ٩٣ العمود الثانى الفقرة الأخيرة وما بعدها ص ٩٤ .

وتشير المادة ٩٣٥ من مشروع تنقيح القانون المدنى الى مثل هذه الحالة بقولها « يجوز للأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة أن يؤجروا خدماتهم حتى لو كان القيام بهذه الخدمات يقتضى الحصول على شهادات علمية » وتبين المذكرة الايضاحية ج ٣ ص ٥٠٦ أن هذا النص ما هو الا صورة لما وصل اليه القضاء الدولى فى الوقت الحاضر فمركز أصحاب المهن الحرة يختلف عن غيرهم ولا تنطبق قواعد عقد العمل عليهم إلا مع شىء من المرونة حتى تنسجم مع ظروفهم الخاصة .

بأن يكرس جانباً من وقته ليقدم خدماته على وجه معين وفى أوقات خاصة [١].

وقد أقرت عدة أحكام من القضاء وجهة النظر هذه [٢] فقررت محكمة استئناف ديجون [٣] أن المستشفى قد يكون مسئولا عن نشاط الطبيب الذى يعمل على رأسه . والحكم مبنى على المادة ١٣٨٤م إذ وصفت العلاقات بين المستشفى والطبيب بأنها علاقة متبوع بتابع الأمر الذى يمكن أن نفترض معه أن المحكمة أقرت بوجود عقد عمل بينهما .

وفى حكم لمحكمة بو فى ٣٠ يونيه سنة ١٩١٣ [٤] جاء ما يأتى : «حيث إن أرمل ... تأخذ على الدكتور ... أنه لم يعالج زوجها وأنه من ثم قصر فى القيام بأحد واجبات مهنته وبالتزام من الالتزامات التى يوجبها عقد العمل الذى يربطه بشركة ميدى التى كان من حقها أن تأمره بعلاج المرضى من عمالها وأنه من المؤكد أنه فى هذه الحدود الضيقة يصبح الطبيب تابعاً للشركة

---

(١) راجع مونتبلييه فى ١٩٣٣/٢/٦ داللوز الأسبوعى ١٩٣٣ — ٢٧٥ جازيت باليه ١٩٣٣ — ١ — ٧٤٠ ، وقد قرر المبدأ الآتى : «Constitue un contrat de travail la convention aux termes de laquelle un médecin est chargé par le directeur d'un sanatorium de visiter les malades à des heures régulières, et moyennant le payement d'une salaire mensuel fixe, la subordination qui constitue la caractéristique du contrat de travail peut n'être que *relative* et elle n'existe pas moins quand le directeur n'a pas à s'immiscer dans le traitement que le médecin impose aux malades du sanatorium».
وراجع حيثيات الحكم فان فيها بيانا للأسباب التى حدت بالمحكمة الى إقرار هذا المبدأ .

(٢) سين ١٩٢١/٥/٢٤ سيرى ١٩٢٤ — ٢ — ٥٧ وتعليق بيرو ، بوفيه ١٨٩٩/١٢/٢٢ سيرى ١٩٠٦ — ٢ — ١٤٧ فى الهامش ، اقين ١٩٣٠/٧/١٦ جازيت باليه ١٩٣٠ — ٢ — ٦٨٥ ، نقض ١٩٣٨/٧/٢٦ سيرى ١٩٣٨ — ١ — ٢٩٢ ، قرب نقض ١٩٣٧/٣/١٧ سيرى ١٩٣٧ — ١ — ١٨٨ .

(٣) ديجون ١٩٠٣/٣/١٨ سيرى ١٩٠٦ — ٢ — ١٧ داللوز ١٩٠٤ — ٢ — ١٣٤ و ١٣٥ والواقع أنه ما دامت المحكمة قد أقرت بوجود علاقة تبعية تكفى لقيام مسئولية المستشفى عن فعل الطبيب فان هذه العلاقة ذاتها تكفى لقيام عقد العمل بينهما .

(٤) داللوز ١٩١٥ — ٢ — ٤٩ سيرى ١٩١٣ — ٢ — ٢٧٧ .

وأنه من المؤكد أيضاً أن الطبيب متى حضر للمريض فإنه يسترد كامل حريته كطبيب فى اختيار العلاج الذى يراه مناسباً دون أن يكون من حق الشركة أن توجهه فى هذه الناحية ... » .

ثالثا — نظرية عقد الاستصناع أو عقد المقاولة :

إذا لم يكن العقد الطبي من قبيل الوكالة ولا إجارة الأشخاص فالأمر لا يخرج عن أحد فرضين :

إما أن يكون عقد استصناع أو مقاولة وإما أن يكون عقداً غير مسمى على أن اعتباره عقداً غير مسمى هو إنشاء لعقد جديد ومن ثم يجب ألا يلجأ إلى هذا التكييف إلا كحل أخير . وإذن فلنبحث فيما إذا كان من الممكن تكييف العقد الطبي على أنه مقاولة أو عقد استصناع .

تعرف المادة ٦٤٦ من القانون المدنى الجديد عقد المقاولة بأنه عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئاً أو يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر . ويقول بلانيول إن الفرد إذ يعقد عقد الاستصناع فإنه يلتزم بالقيام بعمل لمصلحة آخر مقابل أجر يحتسب بحسب أهمية العمل [١] .

ويرى كثير من الشراح ومعهم بعض الأحكام [٢] أن هذا التعريف

---

(١) بلانيول المختصر ج ٢ بند ١٨٩٧ طبعة ١١ فعقد الاستصناع يمتاز إذن بعدم وجود رابطة تبعية كما هى الحال فى عقد العمل (راجع أوبرى ورو طبعة ٥ ج ٥ § ٣٧٤ ص ٦٥٤ هامش ٣/١ ، بودرى لاكانتينرى ووحل فى الايجار طبعة ٣ ج ٢ بند ٣٨٦٥ ، كولان وكابيتان القانون المدنى طبعة ٨ ج ٢ بند ٧٠٢ ، جوسران القانون المدنى طبعة ٣ ج ٢ بند ١٢٨٧ ، بلانيول رواست ج ١١ بند ٩٠٧ ، نقض ١٩٢٦/١١/٢٣ سيرى ١٩٢٧ — ١ — ٢٤ وتعليق إسمان ، بريتون فى سيرى ١٩٣٩ — ١ — ٢١٦) .

(٢) راجع حكم مصر الجزئية المختلطة ١٩٣٧/٥/٥ الذى أشار الى أن تعهد الطبيب قبل المريض هو من قبيل عقد الاستصناع ومن ثم هو يخول المريض حق الفسخ الانفرادى مع حفظ حق الطبيب فى التعويض لا عما فاته من ربح بل عما تكلفه فى العمل الذى أوقف (جازيت المحاكم المختلطة سنة ٢٩ ص ٣٤٦ رقم ٤٢٨) . =

ينطبق تماماً على العقد الطبي حيث يلتزم الطبيب بعلاج المريض مقابل أجر معين محتفظاً بكامل حريته فى تحديد العلاج ودون أن توجد رابطة تبعية بينه وبين المريض .

على أن أنصار هـذا الرأى فاتهم أن الطبيب يلتزم بوسيلة [١] وهو ما يبعـده عن كونه ملزماً بمقتضى عقد مقاولة ذلك أنه فى عقد إيجار الأشخاص ، السيد إذ يأخذ على عاتقه مسئوليـة النتيجة هو يفرض على العامل الطريقة التى يلتزمها للوصول إلى هـذه النتيجة . فالعامل لا يتحمل إلا بالتزام بوسيلة ولـكن الأوضاع تتغير فى عقد الاستصناع أو المقاولة ، فرب العمل يطلب عملا يتحتم إنجازه والمستصنع يحتفظ بحريته فى اختيار الوسائل التى توصله إلى النتيجة التى تعهد بها فهو يلزم إذن بنتيجته [٢] .

حتماً إن القانون أعفى المقاول أو المستصنع من المسئوليـة إذا لم يصل بالتزامه إلى النتيجة المنشودة متى كانت هناك قوة قاهرة أو حادث فجائى ولـكن طبيعة العقد الطبي وما يشوب وسائله من نقص أمام أجسام تتفاوت قوة مقاومتها وأمراض تختلط أعراضها وتتباين تطوراتها ، طبيعة العقـد تأبى اعتبار الطبيب مسئولا عن أية نتيجة .

= شالون سير ساؤون ١٣ أكتوبر سنة ١٩٣٦ جازيت باليه ١٩٣٦ — ٢ — ٨٥٥ ، سـاهو المرجع السابق ص ٥٤ و ٥٥ ، مازان المرجع السابق ص ٣٦ ، كولان وكابيتان المرجع السابق طبعة ٨ ج ٢ بنـد ٩٢٨ و ٧٠٣ ، جوسران شرح القانون المدنى ج ٢ طبعة ٣ بنـد ١٢٨٧ ، بريتون فى سيرى ١٩٣٩ — ١ — ٢١٦ ، بلانيول رواست ج ١١ بند ٩٠٩ و ٩١٤ ، بلانيول المختصر ج ٢ طبعة ١١ بند ١٨٤١ هامش ١ ، آبل المرجع السابق ص ٥٥ ، قارن يلون فى دالوز ١٩٣٩ — ١ — ٨٨ § ١٥ بتوقيع E. P. وهو لا يختار بين عقد الاستصناع والعقد غير المسمى .

(١) ديموج ج ٥ بند ١٢٣٧ ص ٥٤٤ ؟؟ ج ٦ بند ١٨٠ .

(٢) راجع فى التمييز بين عقـد العمل وعقد المقاولة المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى ج ٣ ص ٤٣٤ و ٤٣٥ و ٥٠٢ و ٥٠٣ .

رابعا — عقد غير مسمى :

وإذا استبعدنا هذا التكييف لم يبق أمامنا إلا اعتبار عقد العلاج عقداً غير مسمى [١] . ولقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الرأى فى حكمها الصادر فى ١٣ يوليه سنة ١٩٣٧ [٢] إذ قررت أن الاتفاق الحاصل بين المريض والطبيب الذى يقدم له مساعدته وجهوده هو عقد من نوع خاص لا يمكن أن يوصف بأنه عقد استصناع .

والواقع أن هذا الرأى أحوط ففضلا عما بينا من أن العقد الطبى لا يجمع العناصر المكونة لأى من العقود التى نص عليها القانون فإن له مميزاته الخاصة التى تأبى إخضاعه لنظام لم يوضع له [٣] .

وإذا كنا قد لمسنا إلى الآن مدى الصعوبة فى تكييف العقد الطبى فلم تكن هذه هى المشكلة الوحيدة التى أثارها حكم النقض الفرنسى فى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ بل هناك مشكلة أخرى لا تقل عنها أهمية وهى معرفة ما إذا

---

(١) وهو الرأى الذى أخذ به ماتر فى مرافعته أمام محكمة النقض فى قضية ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩٤ العمود الأول راجع أيضاً لاكاس المرجع السابق بند ١٤٩ ، وفردان مسئولية الأطباء عن فعل مساعديهم النشرة الطبية الشرعية ١٩٣٤ ص ٩٥ ، دنيس تيبرز المرجع السابق ص ٧٨ ؟؟ ، پول بونت شرح العقود الصغيرة (تتمة ماركاديه ج ٨) بند ٨٢٥ ص ٤١٥ . فى نفس المعنى نقض ١٩٢٦/٣/٣ دالوز ١٩٢٧ — ١ — ٩٣ ، فالسيمنى فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ٩٣ ، بلفور فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ جازيت باليه ١٩٣٥ — ١ — ٩١٩ فى هامش (ب) .

(٢) سيرى ١٩٣٩ — ١ — ٢١٧ جازيت باليه ١٩٣٧ — ٢ — ٣٨٤ .

(٣) أشير فى هذا على وجه الخصوص إلى حق الفسخ الانفرادى الذى يتميز به العقد الطبى . حقاً إن المادة ١٧٩٤/٤٠٧ م أعطت السيد الحق فى الفسخ بإرادته وحدها حتى لو كان العمل قد بدىء فى تنفيذه ولكن لا شك أن الفسخ فى العقد الطبى يختلف عن ذلك المنصوص عليه فى المادة ٤٠٧ وأوسع منه مدى . فظاهر أن العقد الطبى قد بنى على ثقة كاملة من جهة المريض وحرية تامة من جهة الطبيب ولايمكن أن يضمن حسن تنفيذه إلا إذا كان هذا التنفيذ اختيارياً من الجانبين ومن ثم يجب الاعتراف بحق الفسخ الانفرادى لكل منهما (راجع E. P. فى دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨) .

كانت المسئولية العقدية للطبيب مستقلة عن المسئولية التقصيرية وتوجب استبعادها وبعبارة أخرى هل يجوز للمريض أن يختار بين أحكام المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ليطبق النظام الأنسب لمصلحته . وهكذا نرى أنفسنا مضطرين إلى الفصل فى نظرية الخيرة [١] .

ويستند أنصار هذه النظرية [٢] إلى أحكام المادة ١٥١/١٦٣/١٣٨٢ م وما بعدها يجب أن تكون ذات تطبيق عام بحيث تشمل التعويض عن كل ضرر سواء أكان هناك عقد أم لا .

فالمسئولية التقصيرية قائمة قبل حصول التعاقد فاذا ما تم العقد أضيفت التزامات جديدة تحكمها قواعد المسئولية التعاقدية [٣] .

(١) يلاحظ أن البحث فى نظرية الخيرة لا يعنى القائلين بوحدة المسئولية إذ الخيرة تفترض لزاماً قيام نظامين يكون للدائن أن يختار بينهما (جوسران فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ عمود ٢) .

(٢) بارتان فى أوبرى ورو شرح القانون المدنى الفرنسى طبعة ٥ ج ٦ ص ٣٧١ § ٤٤٦ هامش ٧ (عكس أوبرى ورو نفسهما فى الصلب) ، سافاتييه المسئولية بند ٤٨ ؛؛ خاصة ص ١٥٢ ، تالير نشرة القانون التجارى ٨٦ — ١٨٨٧ ص ١٨٨ و ٢٢٥ ، ريبير القانون البحرى طبعة ٢ ج ٢ بند ١٧٧٢ ص ٦٣٧ — ٦٣٨ وفى دالوز ١٩٢٦ — ١ — ٥ أنظر ص ٦ (وهو يقر نظرية الجمع ببعض القيود) ، بونكاز ملحق لشرح القانون المدنى لبودرى ج ٢ بند ٤٥٢ ؛؛ خاصة بند ٥٠٦ ، نقض ١٥ مارس سنة ١٨٧٦ سيرى ١٨٧٦ — ١ — ٣٣٧ وتعليق لابيه ، ونقض ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ سيرى ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ وتعليق اسمان ، ونقض ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ دالوز الأسبوعى ١٩٣٠ — ٢١١ ، ونقض ٥ يونيه سنة ١٩٢٠ دالوز ١٩٢٠ — ١ — ١٨١ ، و ٤ نوفبر سنة ١٩٣٠ جازيت باليه ١٩٣٠ — ٢ — ٨٩٣ ، ديجون ١٩٠٣/٣/١٨ سيرى ١٩٠٦ — ٢ — ١٧ ، الاستئناف المختلطة ١٩٢٠/٥/١٥ مجموعة التشريع والقضاء ٣٢ ص ٣٢٠ . سم ١٩٢٤/١/١٠ ، مجموعة التشريع والقضاء ٣٦ ص ١٤٠ ، مصطفى بك مرعى فى المسئولية المدنية طبعة ٢ بند ٢٢ ص ١٧ ؛؛ وبند ٢٨ ، سنهورى الموجز فى الالتزامات بند ٣٠١ ، محكمة بردو فى ١٩٠٩/٧/٨ سيرى ١٩١١ — ٢ — ٢٣٣ (وينتقد فيرون هذا الحكم ص ٢٣٣ ؛؛ خاصة العمود الثانى من ص ٢٣٤ الفقرة الثالثة) ، برو المسئولية المدنية للأطباء — رسالة تولوز ١٩١١ ص ٧٦ ؛؛ .

(٣) بلانيول فى دالوز ١٩٠٧ — ٢ — ٩٧ العمود الثانى الفقرة الأولى .

وهـذه المسئولية الأخيرة لا يترتب عليها أى أثر إلا إذا أخل المدين بالتزامه التعاقدى بحيث ينشأ عن هـذا الإخلال ضرر بالدائن . ولما كانت القاعدة العامة فى المسئوليـة التقصيرية أن كل خطأ نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر فإن المدين الذى يخل بالتزامه التعاقدى يسأل عن هـذا الإخلال طبقاً للقاعدة العامة فى المسئولية المبنية على المادة ١٥١/١٦٣/١٣٨٢ م كما يسأل طبقاً لشروط العقد [١] ويدعمون حجتهم بأن قواعد المسئولية التقصيرية من النظام العام فلا يمكن بالعقد استبعادها [٢] فضلا عن أنه ليس ثمة ما يبرر وضع المتعاقد الذى يخل بالتزامه فى مركز أفضل من مركز من لم يكن مرتبطاً بشىء معين [٣] .

ولـكن هذه النظرية مبنية على التوسع فى محتويات العقد استناداً إلى المادة ١٥١/١٦٣/١٣٨٢ م رغم إرادة المدين ، وفى ذلك إنكار صريح لمبدأ سلطان الإرادة فى أخص دائرة لتطبيقه ، وهى دائرة العقد [٤] . وإنه لمن التحكم الذى تأباه العدالة أن نخضع المتعاقد لنظام أشد من ذلك الذى تعاقد

---

(١) يقول بارتان فى أوبرى ورو (طبعـة ٥ ج ٦ ص ٣٧١ هامش ٧) إنه إذا كان الفعل ينطوى على الإخلال بتنفيذ عقد وعلى جريمة أو شبه جريمة مدنية كانت للمدين دعويان دعوى تقصيرية ودعوى تعاقدية . ولـكن أليس فى هذا القول مصادرة على المطلوب بل حل للسؤال بالسؤال ؟

(٢) تالير نشرة القانون التجارى ٨٦ — ١٨٨٧ ص ٢٢٥ وفى دحض هذه الحجة دكتور وديع فرج فى محاضراته غير المطبوعة التى ألقاها بقسم الدكتوراه سنة ١٩٤٣ فى المسئولية المهنية ولقد استظهر ما فى قول أنصار نظرية الجمع من تناقض إذ يقررون أن المسئولية التقصيرية من النظام العام فلايجوز بالعقـد استبعادها أو المساس بها ثم هم يوسعون من دائرتها بجعلها شاملة للالتزامات التعاقدية وانظر أيضاً جوسران فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٦ الفقرة الأخيرة .

(٣) أوبرى ورو طبعة ٥ ج ٦ ص ٣٧٢ .

(٤) جوسران فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ راجع الفقرة الأخيرة ص ١٠٦ من العمود الثانى إلى نهايتها فى ص ١٠٧ ، لابيه فى سيرى ١٨٨٥ — ٤ — ٢٥ انظر ص ٢٦ ، ديموج ج ٥ بند ١٢٤٤ ص ٥٥٤ شيرونى فى الخطأ اللاتعاقدى ج ١ بند ١٧ ذكره ديموج فى سيرى ١٩٢٤ — ١ — ١٠٥ عمود ٣ .

على أساسه لنحرمه بذلك من ميزات النظام التعاقدى المبنى على الرحمة بالمدين [١] .

والقانون عالج فى مواضع مختلفة أحكام المسئوليتين التعاقدية والتقصيرية وجعل لكل منهما دائرة مستقلة عن الأخرى [٢] ولكل منهما قواعد خاصة به فنظرية الخيرة تجعل التنظيم الثانى المسئولية عديم الجدوى بل وتعدم قيمة النصوص التى أقامت هذه التفرقة [٣] .

ثم إن المسئولية التعاقدية وضعت لتنظيم علاقة من تربطهم ببعض الرابطة العقدية ، بينما المسئولية التقصيرية وضعت لتنظيم علاقات بعض من يعتبرون غيراً بالنسبة للبعض الآخر [٤] .

ويقول جوسران [٥] إن من الخطأ أن نرى فى كل مدين بعقد غيراً فضلا عن كونه متعاقداً فهذا يوازى القول بأن كل فرنسى هو أجنبى فضلا عن كونه فرنسياً . ففى الواقع إن صفتى الغير والمتعاقد متنافرتان فيما يتعلق بنفس الالتزام فالواحدة منهما تبعد الأخرى إذ أن نفس المركز القانونى

---

(١) مثلا فى عقد الوديعة المودع لديه لا يسأل إلا عن الخطأ مقدراً بعيار شخصى بينما يصبح مسئولا عن الخطأ مقدراً بعيار مجرد إن نحن طبقنا بالنسبة له أحكام المسئولية التقصيرية . راجع بران المرجع السابق ص ١٢٣ بند ١٠٣ .

(٢) فيرون فى سيرى ١٩١١ — ٢ — ٢٣٣ راجع ص ٢٣٤ ، جوسران فى داللوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ راجع ص ١٠٧ العمود الأول الفقرة ٣ مرافعة ماتر فى داللوز ١٩٣٦ — ١ — ٩٣ ؟؟ ، لابيه فى سيرى ١٨٨٦ — ١ — ٥ عمود ٢ ، ديموج المجلة الفصلية سنة ١٩٢٣ ص ٦٥٢ .

(٣) بونيه المرجع السابق فى المجلة الانتقادية ١٩١٢ ص ٤٣١ ، فيرون سيرى ١٩١١ — ٢ — ٢٣٤ عمود أول والفقرة الأولى والثانية من العمود الثاني .

(٤) جوسران النقل طبعة ٢ بند ٦٢٨ ، بيرو فى سيرى ١٩١١ — ١٠ — ١٠٥ عمود ٣ فقرة ٢ .

(٥) جوسران النقل طبعة ٢ بند ٦٢٨ ص ٧١٠ وفى شرح القانون المدني طبعة ٣ ج ٢ بند ٤٨٦ وفى داللوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٧ العمود الأول الفقرة الأخيرة .

كما قال فيرون [١] قد يدخل فى أى من الدائرتين ولكن لا يمكن أن يدخل فيهما فى نفس الوقت . ففى الدائرة العقدية كما يقول بيكيه [٢] ليست هناك مسئوليتان بل مسئولية واحدة هى التى تنشأ عن الإخلال بالعقد . وهذا الإخلال لا يمكن أن يتعدى الفعل الموعود به والالتزامات التى حصل الإخلال بها .

والخلاصة أن نظرية عدم الجمع هى بمثابة سلاح مشروع ضد طغيان القانون . فالمادة ١٥١/١٦٣ م وما بعدها وضعت نظاماً احتياطياً لا مجال لتطبيقه إذا وجدت قواعد أخرى واجبة التطبيق [٣] وإرادة الطرفين يجب أن تسود فى الدائرة العقدية حيث نيتهم ظاهرة فى أن يستبدلوا بالنظام العادى الذى وضعته المادة ١٥١/١٦٣ م وما بعدها النظام التعاقدى الذى نصت عليه المادة ١١٩/١٤٥ م وما بعدها [٤] .

---

(١) فيرون فى سيرى ١٩١١ — ٢ — ٢٣٤ العمود الثانى الفقرة الثانية .

(٢) بيكيه المجلة الفصلية سنة ١٩١٤ ص ٣١٨ .

(٣) شأنها فى ذلك كما يقول مازو شأن دعوى الإثراء مازو ج ١ بند ٢/١٥ خاصة ص ٢٨ طبعة ٣ وفى دالوز الأسبوعى ١٩٣٥ ص ٥ ؟؟ بعنوان : « L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile » أنظر ص ٦ ، وفى نفس المعنى جوسران ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ راجع ص ١٠٧ العمود الأول الفقرة الثانية .

(٤) يرى مازو (ج ١ طبعة ٣ بند ١٩٢ ؟؟) أن المرجع فى عدم جواز الجمع إلى النية المشتركة للطرفين (فى نفس المعنى هنرى مازو المجلة الفصلية ١٩٢٩ ص ٦٥٥ ؟؟ بند ٩٧ خاصة ص ٦٥٧ ، وساهو المرجع السابق ص ٢٩ ، وجوسران فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥) وعلى ذلك فللدائن فى العقد أن يحتج بأحكام المسئولية التقصيرية إذا اتفق على عكس ذلك صراحة فالأفراد بتعاقدهم يزيدون من الالتزامات الواقعة على عاتقهم ومن ثم من احتمال وقوعهم فى المسئولية وهم أحرار كقاعدة عامة فى تحديد مدى مسئوليتهم ولهم أن يتفقوا على إدماج القواعد التقصيرية ضمن العقد زيادة فى الضمان للدائن ولهم بالعكس أن يستبعدوا تطبيق هذه القواعد (ومن هذا الرأى الدكتور وديع فرج فى المسئولية المهنية — محاضراته غير المطبوعة لقسم الدكتوراه سنة ١٩٤٣) ويسلم فان رين (المرجع السابق بند ٢٢٦ قرب سافاتييه المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٤ ص ٤٠٩ ؟؟ ، القواعد العامة فى المسئولية المدنية بند ٩ ص ٤١٩ خاصة الفقرة الأخيرة ص ٤٢٠) مع مازو بأن مناط المسألة هو فى الرجوع إلى النية المشتركة =

ولا يسعنا وقد انتهينا إلى رفض نظرية الجمع [1] بوجه عام إلا أن نشير إلى رأى قال به بران [2] إذ قرر أن المحاكم وإن رفضت فى الأصل

= ولكنه يقرر أن الأصل هو تطبيق القواعد التقصيرية ومن ثم فهى تطبق ما لم يقصد المتعاقدان استبعادها .

قارن : فوازينيه المرجع السابق ص ٢٣٨ ؟؟ فهو يصل عن طريق الرجوع إلى النية المشتركة للمتعاقدين إلى الأخذ بنظرية الجمع فى حالة الغش فحسب .

(١) وأغلب الفقهاء من هذا الرأى راجع : ديمولومب المرجع السابق ج ١ بند ٥٩٨ و ج ٨ بند ٤٧٢ ؟؟ خاصة بند ٤٧٧ ، لابيه فى سيرى ١٨٧٦ — ١ — ٣٣٧ سيرى ١٨٨٥ — ٤ — ٢٥ راجع ص ٢٦ ، سالى الالتزامات بند ٣٣٢ طبعة ٣ ، محمد على امام المرجع السابق بند ١٣٨ ص ٣٣٦ ، بونيه المجلة الانتقادية سنة ١٩١٢ المرجع السابق ص ٤١٨ ؟؟ ، فيرون فى سيرى ١٩١١ — ٢ — ٢٣٣ خاصة ص ٢٣٤ ، مازو المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ ص ٦٦٢ بند ١٠٥ ، مازو المسئوليه ج ١ بند ١٩٢ ؟؟ ، لالو طبعة ثانية فى المسئولية بند ٦٢٧ ، جوسران طبعة ٣ شرح القانون المدنى ج ٢ بند ٤٨٦ ؟؟ ، جوسران فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ ، بريتون فى سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ ، لوران طبعة ٤ ج ١٦ بند ٢٣٠ و ج ٢٠ بند ٤٦٣ و ٥٠٧ ، جوسران النقل بند ٦٢٨ طبعة ٢ ، ديموج الالتزامات ج ٥ بند ١٢٤٤ ، وفى المجلة الفصلية سنة ١٩٢٣ ص ٦٥١ ؟؟ ، بلانيول ريبير اسمان ج ٦ بند ٤٩٣ ، اسمان المجلة الفصلية ١٩٣٤ ص ٣١٧ ؟؟ بند ١٧ ، ديوران المرجع السابق بند ١٤٩ ؟؟ خاصة ١٥٣ ، وديع فرج فى محاضراته غير المطبوعة لقسم الدكتوراه سنة ١٩٤٣ فى المسئولية المهنية ، بران المرجع السابق بند ٣٥٠ ، خيال محاضراته غير المطبوعة فى الالتزامات ، نقض عرائض ٢٣ نوفبر سنة ١٨٨٥ سيرى ١٨٨٦ — ١ — ٥ وتعليق لابيه ، نقض ٢١ نوفبر سنة ١٩١١ سيرى ١٩١٢ — ١ — ٧٣ وتعليق ليون كان ، نقض ١٤ يناير سنة ١٩١٨ سيرى ١٩٢٠ — ١ — ٧٥ ، نقض ١٩٢٢/١/١١ سيرى ١٩١٤ — ١ — ١٠٥ وتعليق ديموج ، نقض ٦ أبريل سنة ١٩٢٧ سيرى ١٩٢٧ — ١ — ٢٠١ وتعليق مازو ، نقض ٢٢ يوليه سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣١ — ٥٠٦ ، نقض ٢٢ مايو سنة ١٩٣٣ سيرى ١٩٣٣ — ١ — ٢٦٣ ، نقض ٢٧ مارس ١٩٣٥ سيرى ١٩٣٥ — ١ — ٢١٥ ، نقض ٩ نوفبر ١٩٣٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ — ٥٨٥ ، محكمة لوكسمبرج العليا ٢٧ نوفبر سنة ١٨٨٤ سيرى ١٨٨٥ — ٤ — ٢٥ ، بروكسل المدنية ١٨٨٥/٤/٢٥ وبروكسل التجارية فى ٢٨/٤/ ١٨٨٥ سيرى ١٨٨٥ — ٤ — ٢٥ ؟؟ .

(٢) بران المرجع السابق ص ٢٥٥ و ٢٦٦ ؟؟ خاصة ص ٢٦٩ ، قرب دنديو دى فابر فى النشرة الطبية الشرعية ١٩٣١ ص ٤١٤ و ٤١٥ ، محكمة الاتحاد السويسرى ١٠/ =

نظرية الجمع إلا أنها أقرتها حالة وجود خطأ فنى من المسئول ، وهو يفسر قضاء المحاكم التى كانت تطبق أحكام المسئولية التقصيرية على الأطباء بأنه قضاء أخذ بنظرية الخيرة . وإلا فكيف يقال غير ذلك ووجود عقد بين الطبيب والمريض أمر لم يتطرق اليه الشك [1] .

ويبرر بران ما يزعم أنه استثناء من نظرية عدم الجمع بأن الخطأ المهنى مستقل عن العقد الذى أجراه رجل الفن إذ الواجب الذى حصل الإخلال به ليس مصدره العقد وحده وإنما هو موجود دونه [2] ولو صح هذا التدليل لوجب استبعاد المسئولية العقدية أصلا إذ لا مجال لتطبيقها إلا إذا حصل الإخلال بتنفيذ التزام ناشىء عن العقد .

ويضيف إلى ذلك أن الخطأ المهنى يجب أن يشبه بالخطأ الجسيم ومن ثم فهو يوجب المسئولية التقصيرية ، فهو خطأ ، إن ارتكبه رجل عادى ، ماكان ليعتبر جسيماً ولكنه يصبح كذلك لأن من ارتكبه كان ملزماً

= ١٨٩٢/٦ سيرى ١٨٩٢ — ٤ — ٣٨ وفى ١٨٩٢/١٢/٩ سيرى ١٨٩٣ — ٤ — ١٦ فإنها مع اعتبارها مسئولية الطبيب عقدية أقرت بجواز تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية عليه استناداً إلى أن الطبيب الذى تسبب بإهماله فى إحداث ضرر للمريض يخل ليس فقط بالتزاماته العقدية بل أيضاً بالواجب القانونى العام الذى يضمن للأفراد سلامة أبدانهم ، مارتان الخطأ الفنى المرجع السابق ص ١٦٥ ؟؟ ، عكس لاكاس المرجع السابق بند ٤٥ .

(١) ويأخذ بيلون (فى دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٩ بتوقيع E. P.) برأى مقارب فهو مع تسليمه بوجود عقد بين الطبيب والمريض يقول ان هذا العقد لا يمكن أن يستغرق جميع الأخطاء المنسوبة للطبيب فهناك محل لازدواج المسئولية . فبمقتضى العقد على الطبيب أن يبذل جهوداً صادقة يقظة متفقة مع الأصول العلمية الثابتة . فإذا خرج الطبيب عن الدائرة العقدية ليطبق علاجاً أو ليجرى عملية مخاطرها ونتائجها الاحتمالية تبررها حالة ميئوس منها أو كان هناك خطأ فى التشخيص أو فى العلاج ولكنه حصل فى الدائرة التى لم يستقر فيها بعد العلم الطبى فلا يمكن تأسيس دعوى المسئولية على غير المادتين ٨٢ — ١٣٨٣ .

قارن ساهو المرجع السابق ص ٢١ و ٢٢ وهى تقرر أن ليس هناك فى الواقع جمع بين المسئوليتين بل حالة توجد فيها كل من المسئوليتين إلى جانب الأخرى .

(٢) بران المرجع السابق ص ٢٧١ . وراجع مع ذلك ما قاله جوسران فى تقريره المقدم فى قضية النقض ١٩٣٦/٥/٢٠ المشار إليه آنفاً .

بوصفه رجلا فنياً بعناية أشد . وسبق لنا أن فندنا هـذه الحجة فلا داعى لإعادة الـكرة عليها .

وأخيراً يستند بران إلى ما قاله إهرنج من اعتبار المهنة وظيفة اجتماعية تفرض واجبات خاصة على صاحبها ليقرر بأن الإخلال بها يوجب جزاء أشد من مجرد الضمان ولـكـنه لا يعطى سبباً لذلك بل يكـتفى بأن يقررها كحقيقة مسلم بها .

والخلاصة أننا نرى أن قضاء المحاكم التى كانت تطبق قواعد المسئولية التقصيرية على الأطباء كان بعيداً عن أن يأخذ بنظرية الخيرة لأن تطبيق هذه النظرية يفترض بداهة وجود طريقين يكون هناك مجال للخيرة بينهما وهو مالا يبدو أن المحاكم كانت تقره إذ المفهوم أنها كانت تعتبر العقـد الطبي يجيز فقط للطبيب استعمال علمه وفنـه على نحو خاص فإذا هو أساء هذا الاستعمال كان خطؤه تقصيرياً [١] .

---

(١) دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ وتعليق جوسران جازيت باليه ١٩٢٧ — ١ — ٣١٢ سيرى ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ وتعليق اسمان . وظروف الدعوى أن مريضة وضعت فى مؤسسة صحية فتمكنت من الهرب منها وبعد مدة وجدت هائمة فى الطريق وقد تجمدت قدماها الأمر الذى استلزم بتر أحديها .

راجع فى الأخذ بنظرية الجمع : استئناف نيم ٤/٦/ ١٩٣٤ دالوز الأسبوعى ١٩٣٤ — ٥٤٧ ، باريس ٥/٢/١٩٣٢ جازيت باليـه ١٩٣٢ — ١ — ٦٣١ ، ديجون ١٨/٣/ ١٩٠٣ سيرى ١٩٠٦ — ٢ — ١٣ ، وتعليق بران فى رسالتـه السابق الإشارة إليها ص ٢٨٦ . وجميع الأحكام التى جعلت أثر شرط الإعفاء من المسئوليـة قاصراً على نقل عبء الإثبات (راجع فى ذلك جوسران دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٦ العمود الأول فقرة أخيرة) .

وراجع فى رفض نظرية الجمع : نقض ١١/١/١٩٢٢ سيرى ١٩٢٤ — ١ — ١٠٥ ، وتعليق ديموج ٦/٤/١٩٢٧ سيرى ١٩٢٧ — ١ — ٢٠١ وتعليق مازو ، نقض ٢٢ مايو سنة ١٩٣٣ سيرى ١٩٣٣ — ١ — ٢٦٣ ، ونقض ٦ ديسمبر ١٩٣٧ جازيت باليه ١٩٣٨ — ١ — ٢٣٢ ، نقض ٢١ نوفبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣ — ١ — ٢٤٩ وتعليق Sarrut ، نقض ٢٣ نوفبر ١٨٨٥ سيرى ١٨٨٦ — ١ — ٥ وهذا الحـكم هام من حيث إنه رفض الجمع حتى لو كان هناك غش فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه . مامير ١٥ مارس ١٩٣٢ سيرى ١٩٣٢ — ٢ — ١١٧ ، سين ١١/٧/١٩٣٣ جازيت باليـه ١٩٣٣ — ٢ =

وإنما ثار البحث فى نظرية الخيرة على وضعها الصحيح أمام محكمة النقض الفرنسية بخصوص مسئولية الأطباء فأقرت بحكمها الصادر فى ١٩٢٦/١٢/١٤ الأخذ بالنظرية مؤيدة بذلك حكم باريس فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٥ ومقررة أن مبدأ أن المدين لا يلزم بالتعويض إلا عن الأضرار التى كان من الحكمة توقعها وقت العقد لا يطبق إذا كان قد نسب اليه إلى جانب الخطأ التعاقدى خطا تقصيرى وكان عدم تنفيذ العقد هو السبب المباشر فى الضرر وبنوع خاص الطبيب المدير لمؤسسة صحية الذى مكن مريضة عهد بها إلى عنايته من الهرب مسئول عن البتر الذى حصل نتيجة لهربها .

وهذا الحكم أخذ بالقاعدة التعاقدية من حيث تقدير الخطأ وبالقاعدة التقصيرية من حيث مدى التعويض [1] ذلك أن الخطأ المنسوب للطبيب كان بطبيعته خطأ تعاقدياً ولولا العقد لما أمكن نسبة الخطأ اليه ومع إقرار المحكمة بذلك أخذت بالقاعدة التقصيرية فى مدى التعويض عن الضرر غير المتوقع . ويلاحظ أن الحكم وإن حدت إلى إصداره رغبة مشروعة فى ضمان إيصال التعويض الكامل إلى المجنى عليها [2] إلا أنه يفتقر إلى المبادىء القانونية السليمة إذ لا شك أن الجمع بهذه الطريقة منتقد بل هو كما يقول

= — ٥٢٥ ، أورليان ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٤ جازيت باليه ١٩٣٤ — ١ — ٨٣٥ ، مرسيليا ١٩٣٧/٧/١٥ جازيت باليه ١٩٣٧ — ٢ — ٦٣٦ .

(١) راجع فى الجمع بنفس هذه الطريقة حكم محكمة السين فى ١٩٣٦/١١/١٢ نقلا عن لاكاس المرجع السابق بند ٤٧ هامش ٧٢ وتلخص ظروف هذه القضية فى أن فتاة أصيبت بحالة جنون فوضعت فى إحدى المؤسسات الصحية وحصل أثناء إقامتها فى تلك المؤسسة أن حملت من مجهول فقررت المحكمة أن هذه الحالة تدل على قصور فى مراقبة الفتاة الأمر الذى يوجب المسئولية العقدية والتقصيرية للطبيب المدير للمؤسسة وبذلك استطاعت المحكمة أن تعطى للمجنى عليها تعويضاً كاملا دون بحث فى الضرر المتوقع وغير المتوقع .

(٢) وهو الاتجاه الذى تسير نحوه المسئولية راجع سافاتييه فى دالوز ١٩٣٧ — ١ — ٥ عمود ٢ ، سافاتييه فى دالوز الأسبوعى سنة ١٩٣١ ص ٩ ؟؟ تحت عنوان : « Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels ».

بران [١] بحق عامل من عوامل الفوضى فى القانون لأنه يخلط بين نظامى المسئولية فقد اعتبر المجنى عليها متعاقدة وغير متعاقدة فى نفس الوقت كما أنه أساء إلى مركز المدعى عليه إذ حال بينه وبين التمسك بأوجه الدفاع الجائزة فى أحد النظامين [١] .

ولقد قال جوسران [٢] تعليقاً على هذا الحكم إنه إذا كان من شأنه أن يضع حداً لاضطراب القضاء فإنه يكون خطيراً جداً إذ هو يسجل انتكاس المسئولية العقدية لتنطوى تحت لواء المسئولية التقصيرية .

ولكن لم يحصل ما خشى منه جوسران فسرعان ما سجلت محكمة النقض بتأثير جوسران نفسه الانتصار للمسئولية العقدية . فى ١٩٢٧/٤/٦ [٣] قررت أن المادة ١٣٨٢ ,, لا تنطبق عند الإخلال بتنفيذ التزام ناشىء عن عقد فهناك تنافر بين دائرة المسئولية العقدية ودائرة المسئولية التقصيرية وهو اتجاه تأيد من محكمة النقض بحكمها الشهير فى ١٩٣٦/٥/٢٠ [٤] .

أما وقد بينا الأساس الذى تبنى عليه دعوى المسئولية الطبية وحددنا طبيعتها فقد بقى أن نعرف أركان تلك المسئولية والشروط اللازمة لقيامها .

أركان المسئولية الطبية :

ثلاثة هى أركان المسئولية عموماً تقصيرية كانت أم تعاقدية ، الخطأ [٥]

---

(١) بران المرجع السابق بند ٣٥١ ، هنرى مازو المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ المرجع السابق بند ٩٧ ص ٦٥٦ .

(٢) جوسران فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ العمود الأول .

(٣) دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١١١ .

(٤) ولقد أيد ماتر فى دفاعه نظرية عدم الجمع إذ قال إنه متى سلمنا بوجود عقد بين الطبيب والمريض فإن القواعد العقدية تكون هى الواجبة التطبيق مع استبعاد القواعد الخاصة بالمسئولية التقصيرية لما بينهما من تنافر (دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩٣) .

(٥) لقد قيل إن الخطأ ليس ركناً فى المسئولية التعاقدية ويستند أنصار هذا الرأى بوجه عام (مارتون — المجلة الفصلية ١٩٣٥ ص ٤٩٩ بند ١٥ و ٢٠ ، جوسران ج ٢ النقل =

والضرر وعلاقة السببية . فهل هذه الأركان جميعاً متطلبة لقيام المسئولية الطبية ؟

= بند ٥٦٤ ، بيكيه المجلة الفصلية ١٩١٤ ص ٢٨٥) إلى أن المادة ١١٣٧ م ف تكلمت عن حالة خاصة هى حالة المحافظة على الشىء الذى يجب رده . فالقاعدة التى وضعتها هذه المادة من حيث استلزام الخطأ لقيام المسئولية تنطبق فى تلك الحالة وحدها وفى جميع الالتزامات الأخرى تطبق المادة ١١٤٧ . وهى تقضى بمسئولية المدين عن عدم التنفيذ حتى لو لم يكن هناك خطأ ما لم تثبت القوة القاهرة أو الحادث الفجائى . ومن ذلك يتضح أن المادة ١١٤٧ تحوى قاعدة عامة هى عدم اشتراط الخطأ لقيام المسئولية وما المادة ١١٣٧ إلا استثناء منها .

ونحن لا نعارض فى أن المادة ١١٤٧ هى التى وضعت القاعدة العامة فى المسئولية بل إننا نذهب إلى أن المادة ١١٣٧ ليست خاصة بالمسئولية إطلاقاً بل هى خاصة بتحديد الالتزامات التى ينشئها العقد ، ذلك أنه تجب التفرقة بين محتويات العقد والمسئولية العقدية . فالمدين لا يكون مسئولا إلا إذا لم ينفذ التزاماته . فقبل الكلام عن المسئولية يجب الفصل فى مدى هذه الالتزامات .

ولكن المادة ١١٣٧ ا كتفت بقاعدة مفسرة لتحديد محتويات العقد ومدى التزامات المدين بالمحافظة على شىء معين . فهذا المدين ملزم بأن يبذل فى المحافظة على الشىء عناية رب الأسرة المعنى بأمور نفسه . وهذا بغير شك هو المقصود من النص وإنه لغريب أن لم يكن قد فهم بهذه الطريقة (بلانيول ريبير طبعة ١٢ ج ٢ بند ٨٨٤ هامش ١ ، مازو فى شرح المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية بند ٦٦١ طبعة ٣ ، بلانيول اسمان ج ٧ بند ٨٣٣ وجوسران ج ٢ بند ٢٩٨ فى الآخر . وقارن ديموج ج ٦ بند ١٥٣ و ٦٠٠ و ٦٠٨) .

فإذا كانت الفقرة الأولى تترك مجالا للشك فإن الفقرة الثانية جاءت لتوضح المعنى الحقيقى للنص إذ قررت أن هذا الالتزام يختلف مداه بحسب نوع العقود .

ومتى اتضح أن المادة ١١٣٧ خاصة بتحديد محتويات العقد فإنه لا يجوز الرجوع إليها فى تعرف أركان المسئولية (مازو ج ١ بند ٦٦١ المرجع السابق ، بران المرجع السابق ص٣٠) .

ولا يبقى أمامنا إلا المادة ١١٤٧ فهل هى تستبعد الخطأ باعتباره ركناً فى المسئولية .

لأول وهلة يبدو أن المادة استبعدت ركن الخطأ ، إذ نصت على أن المدين يبقى مسئولا فى حالة عدم التنفيذ إلى أن يثبت القوة القاهرة أو الحادث الفجائى أو بمعنى آخر أن المدين لا يبرأ من المسئولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبى أعنى لا يكفيه أن يثبت أن فعله غير منطو على أى خطأ (مارتون الالتزامات بنتيجة والالتزامات بوسيلة المجلة الفصلية سنة ١٩٣٥ ص ٤٩٩ بند ١٥ و ٢٠) وأنصار نظرية الخطأ يردون على ذلك بأن الخطأ فى المسئولية العقدية مفروض بناء على قرينة قانونية لا يجوز إسقاطها إلا بإقامة الدليل على السبب الأجنبى (هوك ج ٧ ص ٢٠١ بند ١٤٣ ، جيرار المجلة الانتقادية ١٨٨٨ ص ٤٢٦ . انظر ص ٤٢٧) . =

= ولكن منطقهم ينطوى فى نظرنا على شىء من التناقض ، لأن القرينة إن كانت بسيطة قبلت كل دليل عكسى وإن كانت قاطعة فهى لا توجد إلا بنص ، فكيف يمكن إذن القول بوجود قرينة قاطعة فى غير الأحوال المبينة فى القانون وكيف يمكن تعليل أن هذه القرينة — رغم اعتبارها قاطعة — فإنها تقبل دليلا عكسياً هو إثبات السبب الأجنبى الذى لا دخل فيه للمدين .

وإننا وإن كنا ننكر وجود قرائن على الخطأ فى موضوعنا هـذا لا نذهب إلى حد إنكار ركن الخطأ فى المسئولية العقدية . فالمادة ١١٤٧ تقضى بأن المدين يسأل حتما متى لم ينفذ التزامه بشرط أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى فعله . ويجب بداهة أن يثبت أن عدم تنفيـذ الالتزام لا يعتبر فى ذاته من قبيل الخطأ حتى يمكن القول مع أنصار نظرية تحمل التبعة أن المدين يسأل ولو لم يرتكب خطأ وهو ما فات من ينكرون اشتراط الخطأ لقيام المسئولية العقدية . فالمسئولية إذن مرجعها إلى معرفة ما إذا كان عدم تنفيـذ المدين لالتزامه التعاقدى يعتبر فى ذاته فعلا خاطئاً . لا شك أنه إذا كان عدم التنفيـذ راجعاً إلى القوة القاهرة أو فعل الغير فإن المدين لا يسأل لا لانعدام الخطأ بل لأن عدم التنفيـذ ليس ناتجاً عن فعله فرابطـة السببية منعدمة (مازو المرجع السابق بند ٤٩٣ و ٦٦٩ و ١٥٤١ ، سليمان مرقص — نظرية دفع المسئولية المدنية ص ١٥٧ فى الآخر و ٥٨) .

وإذن فليس ثمة إشكال فى الموضوع ؛ ولكن يجب أن نفترض أن عدم التنفيذ راجع إلى فعل المدين ثم نتساءل عما إذا كان يعتبر بذلك مخطئاً . وللاجابة على هذا السؤال يتحتم أن نفرق بين ما إذا كان الالتزام بنتيجة أو بوسيلة .

فإذا كان الالتزام بنتيجة :

كمقترض لا يسدد ما عليه فى الميعاد المحدد . فهل يعد بهذا مخطئاً ؟ يبدو لنا أن هذا واضح فتى أجرى المدين عقداً وأوجب على نفسه التزاماً محدداً كان عليه عبء تنفيذه ؛ فبعدم التنفيذ يكون قد ارتكب خطأ تعاقدياً موجباً لمسئوليته . ومن الخير أن نتحاشى هنا الكلام عن قرائن على الخطأ وهو ما يترك المجال للقول بأن المدين يمكنه أن يهدم هذه القرائن باثبات أنه لم يرتكب خطأ ما . فنحن نفضل مع بعض الشراح القول بأن الخطأ يثبت متى تحقق عدم التنفيذ (مازو المرجع السابق بند ٦٦٩/٢ ، سالى النظرية العامة فى الالتزام طبعة ٣ ص ٤٣٦ و ٤٣٧ ، سوزيه المجلة الانتقادية ١٨٨٣ ص ٦١٣ بنـد ٣٢ هامش ٢ وسنة ١٨٨٥ ص ١٧٧ ، سليمان مرقس ص ١٠٣ من رسالته فى نظرية دفع المسئولية ، ديمانت وكوليه دى سانتير ج ٥ بنـد ٦٣ ، هوك ج ٨ ص ٦٥٢ ، ديموج ج ٦ بند ٤٢٤ ، ديموج ج ٦ بند ٥٩٧ ص ٦٤٣) .

فهل الأمر كذلك فى حالة الالتزام بوسيلة ؟

وهل يكون المدين مخطئاً إن هو لم ينفذ التزامه بالحيطة والحذر . لا شك فى ذلك ما دمنا قد افترضنا أنه كان مهملا ومخطئاً .
=

أولا — ركن الخطأ :

يقول بونكاز ، من زاول مهنة وجنى ثمارها تحمل أخطارها [١] . ولئن كانت هذه العبارة بظاهرها تأخذ بمبدأ الغرم بالغنم بصفة مطلقة ، فلا تفرق بين أرباب المهن من حيث تحملهم عبء المسئولية بغض النظر عن بحث ركن الخطأ فإن من الخير أن يفرق بين بعض المهن والبعض الآخر .

فإن كان رب المصنع يستفيد من نشاط العمال الذين يشتغلون فى مصنعه فلا شك أن المريض هو الذى يستفيد أولا من نشاط الطبيب وأن نظرية الخطأ باقية باعتبارها أساس المسئولية الطبية .

وإذا كانت نظرية تحمل التبعة بدأت تطل برأسها فى فرنسا إذ اعتبر الطبيب مسئولا عن الآلات التى يستعملها[٢] . فنى مصر لا زال الخطأ قوام

= فعدم التنفيذ هنا كما هو فى الحالة الأولى يوازى الخطأ وإنما عدم التنفيذ فى حالة الالتزام بنتيجة واضح بذاته . أما هنا فيتحتم البحث فى سلوك المدين ومن ثم يظهر أن المادة ١١٤٧ إذ تكلمت على مسئولية المدين فى حالة عـدم التنفيذ قد جعلت من الخطأ الركن الأول فى المسئولية (راجع فى الآراء المختلفة التى قيلت فى التوفيق بين المادتين ١١٣٧ و ١١٤٧ ، سنهورى نظرية العقد بند ٨٥١ ص ٩٥٥ ، بلانيول إسمان بنـد ٣٧٧ ص ٥٢٢ ، وديع فرج اتفاقات الإعفاء من المسئوليـة محاضراته غير المطبوعة لقسم الدكتوراه سـنة ١٩٤١ ، كولان وكابيتان ج ٢ طبعة ٧ ص ٧١ بند ٧٩ ، حشمت ابوستيت نظرية الالتزام طبعة ١٩٤٤ بنـد ٣٦٣ ، مازو المرجع السابق ٦٥٩ ، بهجت بدوى أصول الالتزامات بنـد ٣٩٩ ، سليمان مرقس المرجع السابق ص ٧٩ ، P. Wigny المسئوليـة التعاقدية والقوة القاهرة المجلة الفصلية ١٩٣٥ ص ٢٣ و ٥٣ .

ولا يفوتنا هنا أن نشير إلى أن القانون المصرى قد أغنانا عن كل هذه المناقشات الطويلة إذ نص فى المادة ١١٩ و ١٧٧ على أن التضمينات المترتبـة على عدم الوفاء .بكل المتعهد به أو بجزئه أو المترتبـة على تأخير الوفاء لا تكون مستحقة زيادة على رد ما أخذه المتعهد إلا إذا كان عدم الوفاء أو التأخير منسوباً لتقصير المتعهد المذكور . وعلى ذلك فلا شك أن ركن الخطأ متطلب فى المسئولية العقدية كما هى الحال تماماً فى المسئولية التقصيرية . قارن المادة ٢١٥ من القانون المدنى الجديد .

(١) بونكاز القانون البحرى بند ٤٣٥ .

(٢) ولنا عود لمناقشة هذا الموضوع .

المسئولية الطبيـة وعليه يتوقف وجودها . فإذا انتفى الخطأ فلا مسئولية ولا تعويض[١] .

ولـكن ما هو الخطأ وما هو المقصود به وهل يختلف فى المسئوليـة العقدية عنه فى المسئولية التقصيرية ؟

إن تعريف الخطأ من أدق المسائل التى تثيرها المسئولية . فالخطأ يعبر عن فكرة وإن توحدت عناصرها فان صورها ومظاهرها متعددة .

ويقول ليجال[٢] إن الخطأ كلمة لا تنطوى على فـكرة قانونية بل إنها مستعارة من لغة الناس فتنادى الخيـال أكثر من المنطق وإن مثل هذه الاصطلاحات تولد فى الذهن أفكاراً معقدة وغير ملموسة وهى من ثم صعبة التحديد . فلا غرو أن قال ريبير[٣] إنه لا يوجد تعريف مقبول للخطأ بل وليس فى الإمكان السعى إلى مثل هذا التعريف . ولـكن ثقل المجهود يجب ألا يثنينا عن حمله فاطّراح الخطأ — بدعوى أنه لا ينطوى على فـكرة قانونية — يضرب الحجب على موضوع المسئولية بأسره ويجافى بين الناس وبين فهمه الفهم الحق .

قديماً كانوا يحددون الخطأ بناء على فـكرة خلقية مرجعها إلى الضمير الانسانى فكل فرد يعرف متى يخطىء ومتى يصيب فاستعيرت هذه الفـكرة الخلقية واتخذ منها أساس للمعيار القانونى لتحديد الخطأ .

ولـكن ما لبث الفقهاء أن استبدلوا بهـذا المعيار الخلق معياراً قانونياً

---

(١) نقض جنائى ٢٦/٢/١٩٣٤ ، محاماة سنة ٤٥ عدد ٢٦١١ حكم رقم ٤٩ والحـكم خاص بعملية ختان .

(٢) Légal — La négligence et l'imprudence comme source de responsabilité civile, p. 7.

(٣) ريبير القاعدة الخلقية فى الالتزام طبعة ٣ بند ١١٢ ص ٢١١ والنظام الديموقراطى والقانون المدنى بند ١٦٨ ص ٣٣٠ والمجلة الانتقادية سنة ١٩١٢ ص ١٩٦ .

بحثاً فى الدائرة العقدية ، فعرفوا الخطأ بأنه الإخــــلال بتنفيذ الالتزام التعاقدى[١] .

ودون أن نذهب إلى حد نبذ المعيار الخلقى وطرحه جانباً فنحن لا نرى مبرراً لوضع تعريف للخطأ فى كل من الدائرتين العقدية والتقصيرية بل نرى أن الخطأ فى جميع الأحوال هو الإخلال بواجب سابق[٢] ، وسواء

---

(١) كولان وكابيتان طبعة ٧ و ٨ ج ٢ بند ٧٦ و ١٩٢ ، بران المرجع السابق ص ٣٨ بند ٢٥ و ص ٢٢١ ؟؟ ، ريبير النظام الديموقراطى والقـانون المدنى بند ١٧٠ ص ٣٣٤ ، دى هلتس الموسوعة الأبجدية للقانون المدنى المصرى ج ٤ والمسئولية بند ١٠ ، سالى طبعة ٣ ص ٤٣٦ و ٤٣٧ الالتزامات ، سوزيه المجلة الانتقادية ١٨٨٣ ص ٦١٣ بند ٣٢ هامش ٢ و ١٨٨٥ ص ١٧٧ ، ديمانت وكوليــه دى سانتير ج ٥ بند ٦٣ ، هوك ج ٨ ص ٦٥٢ بند ٤٢٤ ، ديموج ج ٦ ص ٦٤٣ بند ٥٩٧ و ج ٣ بند ٢٤٠/٤ ، بودرى وبارد ج ١ بند ٣٥٥ ، سليمان مرقس المرجع السابق ص ١٠٣ و ص ١٠٩ إلى ص ١١٤ .

نفس التعريف فى القانون الانجليزى ، سليمان مرقس ص ١٠٤ ويصل مازو (المرجع السابق بند ٦٦٩ و٦٧٠) إلى نفس النتيجة وهى اعتبار المدين مخطئاً كلما أخل بتنفيذ التزامه التعاقدى رغم تمسكه بتعريف الخطأ بأنه القصــور عن عناية الرجل الحريص وهو من أجل ذلك يقرر أن مجرد إخلال المدين بالتزامه التعاقدى هو تقصير لأنه فعل لا يصدر من الرجل الحريص الذى يفترض فيه دائماً قيامه بالتزاماته .

وليس هذا الإخلال مجرد قرينة على التقصير بل بثبوته يثبت التقصير فعلا (راجع فى تطبيقه نفس الفــكرة على الالتزامات المحددة ، المجلة الفصلية سنة ١٩٣٦ ص ١ بند ٥٨ و ٦٠ ، وقارن بهجت بدوى المرجع السابق بند ٣٠٤ و اسمان فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٣ ص ٦٢٧ بند ٣ و ٤ و ٥ وسافاتييه فى المسئولية بند ١٠٨) .

ولقد ذهب البعض إلى أنه يشترط ليعتبر الخطأ تعاقدياً فضــلاً عن حصــول الإخلال بتنفيذ الالتزام التعاقدى أن يكون المدين قد قصد أن يسلك باعتباره متعاقداً وهى النظرية التى نادى بها راميلا وعلق عليها ديموج (ج ٥ بند ١٢٤٣ من المرجع السابق) ولــكنها لم تلق قبولا لدى المحاكم لأنها تثير أبحاثاً فى النيات لا داعى لإثارتها . راجع فى انتقاد التعريف الذى أوردناه فى المتن بلانيول ج ٢ بند ٨٨٩ هامش ١ .

(٢) راجع فى التعريفات المختلفة للخطأ لاكاس التزامات الأطباء بند ٦٥ ص ٥٢ ، حشمت أبو ستيت الالتزامات بند ٤٤٧ ومصطفى مرعى المسئولية المدنية بند ٣٨ ، سليمان مرقس المرجع السابق ص ١٣ و ١٤ واسمان المجلة الفصلية ١٩٣٣ ص ٦٢٧ بند ٢ إلى ٦ و ٢٩ ، بلانيول ج ٢ بند ٨٦٣ طبعة ١٢ والمجلة الانتقادية ١٩٠٥ ص ٢٨٣ ؟؟ ، بلانيول اسمان ج ٦ بند ٥٠٥ ، سافاتييه ج ١ بند ٤ ، هالتون ج ١ ص ٢٥٩ ، دى مانت وكوليه دى سانتير ج ٥ بند=

أكان هذا الواجب مصدره العقد أم القانون فهو إما أن يكون التزاماً

= ٣٦٤ مكرر ، وديموج ج ٣ بند ٢٢٥ ، بودان العقود والالتزامات ج ٤ بند ١١٦٩ ، مازو المسئولية بند ٤٣٩ بودرى وبارد ج ٤ بند ٢٨٥٠ و٢٨٥٢ و٢٨٦٥ ، كولان وكابيتان طبعة ٧ بند ١٩٠ ، جاردنا وريتشى ص ٢٠ بند ٥١ و٢٩ و٣١ ص ٩ و١٠ ، سنهورى الالتزامات بند ٣٠٨ ، بهجت بدوى أصول الالتزامات بند ٣٠٤ ص ٤٣١ ، سوردا طبعة ٥ بند ٤١٢ ؟؟ و ٦٤٢ ؟؟ ، لالو طبعة أولى بند ١٥٧ ، دى هلتس المرجع السابق ج ٤ المسئولية بند ١٠ ص ١١ وبند ٢٦ ص ١٧ ؟؟ . وقد عرف لوكلير النائب العام لدى محكمة النقض البلجيكية الخطأ بأنه إلحاق الأذى بشخص الغير أو بماله فكان ذلك أوسع تعريف للخطأ (مذكرته المنشورة فى البازيكريزى البلجيكية ١٩٢٩ — ١ — ٢٦١) ، هالسبورى طبعة ٢ ج ٢٣ ص ٥٦٨ بند ٨٢٣ ويظهر من مراجعة هذه التعاريف جميعاً أن الرأى الغالب قد اتجه إلى تعريف الخطأ على أنه القصور عن عناية الرجل اليقظ . وعيب هذا التعريف أن الإنسان مع حرصه ويقظته قد يعمد إلى التخلص من التزاماته . فالذى يميز الخطأ إذن هو حصول إخلال بواجب سابق (سافاتييه ج ١ بند ٥) .

وتشترط بعض التعاريف أن يكون المدين قادراً على تنفيذ التزامه ونحن لا نرى محلا لهذا الشرط إذ أن عدم قدرة المدين على التنفيذ إن كان مقارناً لنشوء الالتزام فهو باطل إذ لا التزام مع المستحيل وإن كان طارئاً فهو من قبيل القوة القاهرة التى تقطع علاقة السببية دون أن تدل على نفى ركن الخطأ فمثلا إذا امتنع طبيب عن تقديم خدماته لمريض كان قد تعهد بعلاجه ثم مات المريض نتيجة لحادثة حريق فإن الطبيب لا يكون مسئولا لأن الوفاة حصلت نتيجة لقوة قاهرة لا يمكن نسبتها إليه وليس معنى ذلك أنه لم يرتكب خطأ ما فإنه لم يقم بالتزامه ولا شك فى تقصيره .

حقاً إن ثبوت القوة القاهرة يعنى عادة انتفاء الخطأ وهو ما حمل البعض على الظن بأن دائرتهما واحدة (جاردنا وريتشى ص ٢٣ بند ٦٧ ، سوردا بند ٦٤٥ ، ديموج ج ٣ بند ٢٦٢ ، مازو المرجع السابق بند ٦٦٩ ، إسمان المجلة الفصلية سنة ١٩٣٣ ص ٦٢٧ بند ٤ قارن مع ذلك مازو بند ٦٢٤ ؟؟ خاصة بند ٦٣٠) . ولكن وقوع ذلك عادة لا يؤثر فى صياغة القاعدة فصياغة القواعد القانونية ينبغى أن يربأ بها عن التأثر بما يجرى عليه العمل إلا بقدر ما يراد اصطناع قاعدة تقوم على أساس غالب الأحوال كما هى الحال فى القرائن . وعلى ذلك فالتعريف الذى نعطيه للخطأ يجب أن يظهر منه أن الخطأ شىء والقوة القاهرة شىء آخر إذ القول بغير ذلك ينتهى بنا حتما إلى الخلط بين ركنى الخطأ وعلاقة السببية وهو أمر غير مستساغ (بهجت بدوى بند ٣٠٦ و ٣٠٧ من المرجع السابق ، بلانيول إسمان ج ٦ بند ٥٤٠ ، مازو المرجع السابق ١٤٢٥ و ١٤٢٦ و١٤٢٧ و ١٦٩٩ . قارن مع ذلك بند ٦٦٩/٢ ، سنهورى نظرية العقد بند ٨٥٥ والموجز فى الالتزامات بند ٢٨٢ ، رسالة سليمان مرقس ص ٩٨) .

بنتيجة كما هى الحال فى أغلب الالتزامات التعاقدية وفى هذه الحالة يعتبر الشخص مخطئاً إذا لم يصل بالتزامه إلى النتيجة المنشودة[1] . وإما أن يكون هذا الواجب مجرد التزام بوسيلة أعنى ببذل عناية معينة كما هى الحال بالنسبة للواجب القانونى العام بعدم الإضرار بالغير وفى هذه الحالة يتعين على المدين أن يبذل عناية الرجل اليقظ ، فإن هو قصر عن هذه العناية فأخل بالتزامه اعتبر مخطئاً وحقت عليه المسئولية[2] .

---

(١) ويلاحظ أنه لا عبرة هنا بما قاله بلانيول من أن ماهيــة الخطأ تبقى فى هــذه الحالة مجهولة (ج ٢ بنــد ٨٨٩ هامش ١ دالوز ١٨٩٦ — ٢ — ٤٥٨) . فكما قال الأخوان مازو بحق إن الخطأ فى هــذه الحالة معروف وهو كون المدين لم يف بتعهده وإنه إن لم يكن دائماً من الممكن بيان ما نشأ عنه هــذا الخطأ من عدم تبصر أو إهمال فإنه لا داعى إلى ذلك ما دام الالتزام محدداً إذ أن مجرد المخالفة كاف لتكوين الخطأ (مازو المرجع السابق بنــد ٦٦٩) .

ويشير جوسران إلى أن ماهية الخطأ فى الدائرة التعاقدية أبعد مما يظن عن الاعتبار الشخصى وأن المسئوليــة الناتجة عنه تبرز فيها الصبغة المادية بنوع خاص (جوسران شرح القانون المدنى طبعة ٣ ج ٢ بند ٦١٠) .

راجع مارتون المجلة الفصلية ١٩٣٥ ص ٤٩٩ خاصة بند ٢٢ ، ديموج ج ٥ فقرة ١٢٣٧ ، مازو المجلة الفصلية ١٩٣٦ ص ١ وما بعدها ، دى باج شرح القانون المدنى البلجيكى ج ٢ فقرة ٥٩٦ ، سليمان مرقس ص ٩٣ ، سالى نظرية الالتزامات طبعة ٣ ص ٤٣٦ و ٤٣٧ ، سوزيه المجلة الانتقادية ١٨٨٣ ص ٦١٣ بند ٣٢ هامش ٢ — ١٨٨٥ ص ١٧٧ ، مازو شرح المسئولية المدنية بند ٤١٦ .

(٢) راجع مازو المرجع السابق بنــد ٤١٦ و ٤٢٧ !! . قلنا فى المتن إن المدين عليه أن يبذل عناية الرجل اليقظ وليست هذه القاعدة مطلقة فى جميع الأحوال ففى بعض العقود نص الشرع على معيار للمسئوليــة أشد أو أخف كما فعل فى العارية (م ٤٦٨/٦٤١ م ج) وفى الوديعة (م ٤٨٥/٧٢٠ م ج) والحال بالمثل فيما وراء الدائرة العقدية . فالمعيار ليس واحداً باستمرار بل هو كما سبق أن قلنا يتأثر بصفة من تسبب فى الضرر . فالمحاكم تتشدد مع من كان إخلاصهم لمهنتهم محل شك كوكلاء الأعمال أو مع من كانت الثقة التى يضعها فيهم الجمهور توجب عليهم عناية أكبر وحرصاً أشد كالموثقين وبالعكس يتمتع البعض بعدم مسئولية جزئيــة لأن نشاطهم يجب ألا تقام فى سبيله العراقيل كالأطباء (ريبير القاعدة الخلقية فى الالتزام بند ١٢٨ ص ٢٤٩ وبران ص ٣٣) .

ويبين إذن أن تحديد مضمون الالتزام وفحواه تحديداً دقيقاً يحكم موضوع المسئولية بأسره وركن التقصير فيه بوجه خاص بل إن هذا التحديد مسألة أولية يجب الانتهاء من حلها حتى يتيسر البت فى مسألة التقصير [١] .

---

(١) وينتقد الدكتور بهجت بدوى (أصول الالتزامات بند ٢٩٨ وما بعده) النتيجة التى وصلنا اليها بمهاجمة تقسيم الالتزامات إلى التزامات بنتيجة والتزامات بوسيلة ذلك لأن هذا التقسيم يتوقف فى رأيه على الناحية التى ينظر منها إلى الالتزام . فإذا نظرنا اليه من ناحية الدائن فكل التزام إنما هو التزام بنتيجة أما من ناحية المدين فكل التزام انما هو التزام بعناية وبعبارة أخرى إذا نظرنا إلى الالتزام باعتباره قيمة اقتصادية يحصل عليها الدائن فالالتزام فى جميع الأحوال لا يعتبر قد نفذ إلا إذا حصل الدائن على بغيته التى رمى اليها عند ما أجرى العمل القانونى ومن هذه الناحية وحدها ينظر بعض الكتاب إلى الالتزام فيرى أن الالتزامات جميعاً إن هى الا التزامات بنتيجة (مارتون المجلة الفصلية ١٩٣٥ ص ٤٩٩ خاصة بند ١٠ ، إسمان المجلة الفصلية سنة ١٩٣٣ ص ٦٢٧ !! بند ٣) .

ويضيف إلى ذلك أننا لما لم نكن فى صدد الحساب الاقتصادى للعمل القانونى بل بصدد بحث المسئولية فإنه يجب أن ننظر إلى الالتزام من ناحية المدين وبهذه الطريقة يمكننا أن نقول إن مسئولية المدين لا تشغل بمجرد عدم إرضاء الدائن وعدم تحقيق بغيته العملية الاقتصادية بل هى لا تشغل إلا إذا كان عدم تحقيق بغيته العملية نتيجة تقصير من المدين وقد يصح من هذه الناحية ، ناحية المسئولية العقدية ، أن يقال إن كل التزام إنما هو التزام بعناية (راجع فى عرض الفقه الألمانى الذى يقول بذلك مقال مارتون المشار إليه ص ٥٠٣ وعلى الأخص مذهب شلوسمان الذى يرى أن محل الالتزام يكون دائماً القيام بأعمال معينة ولا يمكن أن يكون محله قيام واقعة مادية أو عدم قيامها فالالتزام بتحصيل نتيجة إن هو الا الالتزام بالقيام بالأعمال الضرورية لتحقيقها وضمان قيام الشروط الأخرى اللازمة لهذا التحقيق) بمعنى أن مجرد الإخلال بالالتزام أى مجرد عدم تنفيذه وعدم تحقيق بغية الدائن لا يعتبر بذاته تقصيراً بل لا بد من أن يكون هذا الإخلال تقصيراً .

ولا يقف الدكتور بهجت بدوى عند حد التدليل المنطقى بل هو يستند إلى نص المادة ١١٩/ ١٧٧ التى تقرر أن التضمينات المترتبة على عدم الوفاء بكل المتعهد به أو بجزئه وعلى تأخير الوفاء لا تكون مستحقة زيادة على ما أخذه المتعهد إلا إذا كان عدم الوفاء أو التأخير منسوباً لتقصير المتعهد المذكور . هذا النص وهو الذى يحكم المسئولية العقدية صريح فى اشتراط التقصير لنشوء المسئولية وفى أن عدم التنفيذ لا يعد فى ذاته تقصيراً إذ المادة تشترط فى عدم التنفيذ أن يكون منسوباً لتقصير المدين .

وهو يخلص من كل ما تقدم (بند ٣٠٣) إلى أنه إذا لم ينفذ المدين التزامه العقدى =

= بأن لم يحقق الغرض العملى الذى يرمى إليـه الدائن فلا يعنى ذلك مسئوليته حتما إذ يجب أن يتبين أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه يرجع إلى عمل تقصيرى من جانبه .

ونحن نرى أن الانتقاد الذى وجهه الدكتور بهجت بدوى إلى تقسيم الالتزامات إلى التزامات بنتيجة والتزامات بعناية فيـه إغفال لحقيقة ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة فليس واضحاً أن كل التزام منظور من ناحية المدين هو التزام بعناية إذ قد يكون مفهوماً من العقد أن المدين يلتزم بضمان نتيجة معينة والفرق ظاهر بين التزام التاجر بتسليم بضاعة والتزام الطبيب بعلاج مريض وإنكار التفرقة بينهما هو تغافل عن الواقع .

وإذا تبين لنا هذا فإنه يمكننا أن نقول إنه ليس فيما قرره الدكتور بهجت بدوى ما يقنع أن الإخلال بتنفيذ الالتزام لا يعتبر وحده مكوناً لركن الخطأ فإنه بعـد أن سوى بين الالتزامات بوسيلة والالتزامات بنتيجة وأدمج الثانيـة فى الأولى قرر أن مجرد الإخلال بالالتزام وعدم تحقيق بغية الدائن منـه لا يعتبر وحده تقصيراً وبذا يكون قد فهم أن الإخلال بتنفيذ الالتزام هو عدم تحقيق بغية الدائن منه مع أن هـذا القول إن صدق فيما يتعلق بالالتزامات بنتيجة فإنه لا يصدق فى الالتزامات بعناية إذ فى هـذه الأخيرة لا يعتبر المدين مخلا بالتزامه إلا إذا جانب الحيطة وقصر فى العناية التى وعد بها .

وإذا كانت دعامة هـذا الرأى من حيث المنطق غير قائمة فإنا نسلم بأن ظاهر نص المـادتين ١٧٧/١١٩ من القانون المصرى يدعمه ويزكيه فهل يجوز الوقوف عند التفسير الحرفى للمادتين والاعتقاد بأنه لا يكفى أن يثبت عدم التنفيذ لقيام مسئولية المدين بل يجب أن يثبت أيضاً أن عدم التنفيذ راجع إلى تقصير منه .

لا شك فى عدم جواز ذلك وقد فسرت المحاكم دائماً نص المـادتين ١٧٧/١١٩ بمعنى حكم المادة ١١٤٧ دون أن تحاول تبرير هذا التوسع فى التفسير . ولقد أيدها الفقه فى ذلك (سليمان مرقس المرجع السابق ص ١١٢ ؟؟ ، حشمت أبو ستيت المرجع السـابق بند ٣٦٧ ، فتحى زغلول المرجع السابق ص ٢١٩ ، هالتون المرجع السـابق ج ١ ص ٢٦٧ و ٢٥٩ ، سنهورى الإيجار ص ٣٨٠ . سم ١٩٢٣/١/٣٠ جازيت ١٣ — ٨٨ — ١٦٨) وهو تأييـد فى محله لأن هـذا التفسير وإن لم تراع فيه حرفية النص أقرب إلى نيـة الشارع الذى يظهر أنه لم يقصد الابتعاد عن القاعدة التى تقررت فى المادة ١١٤٧ فرنسى بل يظهر بالعكس أنه أراد أن يستبدل بعبارة المـادة الفرنسية التعبير الذى استعمله الشراح الفرنسيون فى تفسيرهم لتلك المادة . فقد قال هؤلاء الشراح إن المدين يلتزم بالتعويض بشرط أن يكون عدم التنفيذ منسوباً إليه (ديمولومب الطبعة الثانية ج ٢٤ بند ٥٤٦ و٥١٢) ففضل الشارع المصرى هذه العبارة على عبارة المادة الفرنسية . ولأن عبارة الإسناد والانتساب تبعث فى الذهن فـكرة الخطأ فقد رأى المشرع المصرى أن يكمل هذه العبارة بما جاء فى نص المادتين ١١٧/١١٩ ولـكنه لم يقصد بذلك أن يعدل عن قاعدة القانون الفرنسى إلى نقيضها .

وطبقاً لهذا التعريف يمكننا أن نقول إن الخطأ الطبي هو عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التى تفرضها عليه مهنته[١] . ذلك لأن كل من يباشر مهنة تستلزم دراية خاصة يعتبر ملزماً بالإحاطة بالأصول العلمية التى تمكنه من مباشرتها[٢] . بل ويعتبر مخطئاً إن هو كان عاطلا[٣] عنها . وإذا كان من الممكن تحديد الالتزامات الخاصة التى تجب على الطبيب بالرجوع إلى قواعد المهنة وهو ما سنعرض له تفصيلا فى القسم الثانى من الرسالة فإنه يبقى أن نعرف مدى العناية التى تجب عليه مراعاتها فى القيام بهذه

---

(١) مازان المسئولية المدنية للأطباء ص ٢١١ السطر الخامس ، لاكاس ص ٥٢ بند ٦٥ ، مارتان الخطأ المهنى خاصة فى المهن الحرة ص ٣٥ . قرب مازو المرجع السابق ج ١ بند ٢/٢٠٦ ص ٢٥٨ ، فان رين المسئولية التقصيرية والعقود فى القانون الوضعى ، رسالة بروكسل سنة ١٩٣٣ بند ١٥٤ و ١٥٥ و ١٥٩ .

قارن دكتور وديع فرج — مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٣٩٧ . وديفلو ص ٢٦ و ٧٨ .

(٢) بلانيول إسمان ج ٦ بند ٥٢٣ . ولقد نص على ذلك القانون البولونى صراحة راجع رسالة محمد على إمام فى مسئولية الصراف ص ٣٠٠ هامش ٩ . وفان رين المرجع السابق بند ١٥٤ .

(٣) مارتان المرجع السابق ص ٣٨ ؛؛ ، هالسبورى المرجع السابق ص ٢٣ بند ٨٢٩ ص ٥٧٧ و ٥٧٨ .

وراجع حكم الشريعة الإسلامية فى هذا الموضوع فى متن الأمير وحاشية حجازى العدوى ج ٢ ص ٤٠٦ وقد نص على أن الطبيب يضمن إذا جهل وفى ذلك يقول رسول الله (ص) « من تطبب ولم يعرف الطب فهو ضامن » رواه أبو داود والترمذى وابن ماجة وانظر حاشية الرملى على شرح الروض فى فروع الشافعية ج ٤ ص ١٦٦ . وقد نص فى مذهب الامام أحمد على أنه لا ضمان على حجام ولا ختان ولا متطبب إذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم فإذا لم يكونوا ذوى حذق فى صناعتهم ولا لهم بصارة ولا معرفة لا يحل لهم مباشرة القطع فإذا قطع أحدهم مع هذا كان فعله محرماً فيضمن سراية القطع ابتداء (المغنى ج ٦ ص ١٢٠) وراجع فى الصفات التى يجب أن تتوفر فى الطبيب حتى يتاح له مزاولة الطب ما قاله العلامة محمد ابن محمد بن احمد القرشى المعروف بابن الأخوة الشافعى فى كتابه معالم القربة فى أحكام الحسبة فى الباب ٤٥ فى الحسبة على الأطباء والكحالين والجراحين والمجبرين مذكور فى مقال الشيخ عبد العزيز مصطفى المراغى عن مسئولية الأطباء بمجلة الأزهر المجلد ٢٠ ص ٢٠٧ .

الالتزامات[١] .

ومن البين أنه يستحيل الرجوع إلى اتخاذ يقظة الرجل الحريص معياراً فهناك احتياطات يغتفر للأفراد إغفالها فإن لم يتخذها الطبيب عد ذلك منه إهمالا لواجباته وخطأ أكيداً موجباً لمسئوليته[٢] .

ولا غرو فطبيعى أنه ينتظر من الطبيب أكثر مما ينتظر من الرجل العادى[٣] . فالمريض الذى يلجأ إليه ، يوليه ثقته ويركن إلى درايته ويعتمد

---

(١) قارن بران المرجع السابق ص ٢١٦ ؟؟ حيث يقرر أنه لا يكفى لتحديد الخطأ معرفة الالتزامات التى ينشئها العقد بل لا بد من معرفة مداها وهو يبين أهمية ذلك على وجه الخصوص بالنسبة لعقد النقل .

(٢) محمد على إمام المرجع السابق ص ٢٩٨ فى عرضه لفكرة المسئولية المهنية ، بلانيول اسمان ج ٦ بند ٥٢٣ ، مارتان المرجع السابق ص ٤٠ ؟؟ .

ذلك أن الطبيب يلزم فى كل ما يتعلق بمهنته بعناية خاصة شأنه شأن سائر الرجال الفنيين . فثلا أصدرت محكمة باريس فى ٢٥/٣/١٩٣٠ جازيت باليه ١٩٣٠ — ١ — ٨٧١ حكماً جاء فى حيثياته . . . (الفقرة الأخيرة من الحكم ص ٨٧٢) :

« Un agent d'affaires ne pouvait en raison même de sa profession ignorer l'imminence de vôte de la loi modificative des droits d'enregistrement et il était tenu en conséquence d'apporter une vigilance extrême à la régularisation des actes sur lesquels cette loi devait avoir une répercussion ».

فوكيل الأعمال عليه أن يضع نصب عينيه ليس فقط القوانين التى صدرت بل القوانين التى على وشك الصدور ويعتبر مخطئاً إن هو بادر بتسجيل تصرف قبل صدور قانون من شأنه إنقاص رسوم التسجيل .

راجع أيضاً عرائض ٤/٤/١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣ — ٢ — ٩٢ ، ميلون ٢٥/١٠/١٩٢٧ سيرى ١٩٢٨ — ٢ — ٤٦ ، باريس ١٢/٥/١٩٢٠ دالوز ١٩٢١ — ٢ — ٣٩ .

(٣) مازان ص ٤٦ المرجع السابق ، محمد على إمام المرجع السابق بند ١٢٢ ص ٢٩٨ و ٢٩٩ .

ويبين حكم محكمة باريس (فى ١٢/٥/١٩٢٠ دالوز ١٩٢١ — ٢ — ٣٩) هذه الفكرة بخصوص وكالة استعلامات بقوله :

« Quand on s'adresse à une agence de renseignements ce n'est pas pour apprendre d'elle ce que tout le monde sait ou croit savoir mais bien pour obtenir quelque chose de plus en dehors des apparences souvent trompeuses qui déterminent parfois l'opinion publique d'une localité ».

على ضميره وخبرته فيجب أن يكون الطبيب أهلا لهذه الثقة وعليه أن يرعى الواجبات التى تفرضها عليه مهنته والتى من أجلها وضع المريض حياته بين يديه .

وهكذا يبين أن التزامات الطبيب ليس منشؤها ذلك الواجب القانونى العام بعدم الإضرار بالغير ولا مناطها ما اتجهت إليه إرادة المريض وقت أن تعاقد مع الطبيب بل المرجع فيها إلى القواعد المهنية تحددها وتبين مداها . فكما يقول ديموج[١] إنه فى تنفيذ العقد يجب أن يراعى كون أحد الطرفين رب مهنة إذ عليه أن يقى الآخر من الوقوع فى بعض الأخطاء ... فهنا توجد أيضاً فكرة التعاون بقصد تحقيق الغاية من العقد . فرب المهنة يعلم أن مريضه يلجأ إليه بسبب ما له من دراية خاصة يرجو الاستفادة منها ... وإذا نظرنا إلى العقد لا باعتباره خواطر متوافقة بل وسيلة ضرورية بسبب تقسيم العمل لضمان أكبر قسط من التيسير لكل فرد لترتب على ذلك أن رب المهنة ، إزاء رجل غير فنى يجهل أصول المهنة التى يلزمه الاستعانة بها ، عليه إلى جانب الامتناع عن إجراء بعض العقود ذات العواقب الوخيمة للحريف أن ينبهه فى أثناء تنفيذ العقد لما يجب أن يعمل[٢] .

ويقول ريبير[٣] فى المعنى ذاته إن البعض بسبب الوظائف التى يشغلونها

---

(١) ديموج ج ٦ بند ٢٢ والمجلة الفصلية سنة ١٩٢٣ ص ٦٤٨ .

(٢) فان رين ص ٢١١ بند ١٥٤ .

« Assumer une fonction exercer une profession, n'oblige pas seulement à en posséder les règles, le professionnel est tenu en cette qualité à d'autres devoirs encore envers les profanes c'est à dire envers le public. Il doit en principe s'abstenir de mettre en circulation des objets dangereux ou d'effectuer des travaux de nature à créer un peril pour les tiers; tout au moins il doit veiller à ce que les tiers soient avertis du danger et les mettre en mesure de se prémunir contre lui ».

(٣) ريبير طبعة ٣ القاعدة الخلقية بند ١٢٨ ص ٢٤٩ المجلة الانتقادية ١٩٠٨ ص ١٩٨ و ١٩٩ .

والثقافة والخبرة التى اكتسبوها والثقة التى توضع فيهم يجب عليهم أكثر من غيرهم أن يسهروا على تجنب مواطن الزلل فى سلوكهم وهو ما يفسر شدة القضاء فى تقدير مسئولية الموثقين والسماسرة وآخرين بالعكس مسئوليتهم أشد لأن نزاهتهم المهنية يتطرق إليها الشك كثيراً كوكلاء الأعمال. وآخرين فى النهاية يتمتعون بشىء من عدم المسئولية لأن المفروض أنهم يعملون بوحى من ضمائرهم وأن العراقيل يجب ألا تقف حجر عثرة فى سبيل ابتكاراتهم كالأطباء [1].

وهكذا يمكن أن نقول إن القاعدة الاجتماعية تسير باطراد نحو رسوخ الفكرة المهنية فلم يعد هناك نوع واحد من المسئولية بل عدة أنواع تبينها وتحدد مداها طبيعة المهنة التى يزاولها الشخص ومدى الالتزامات الخاصة التى تفرضها عليه [2].

ولم يبق الكائن الاجتماعى الذى ينظم القانون أحواله، ذلك الشخص المجرد الذى صاغه القانون المدنى فى قالب واحد أخذاً بتقاليد قانون نابوليون وتحقيقاً لمبادىء الثورة الفرنسية بل أصبح ذلك الشخص الذى يزاول مهنة أو يؤدى وظيفة فظهر فى الأفق نظام مهنى يتحدد فيه المركز القانونى للشخص بالنظر إلى الحرفة التى يباشرها [3] وبات من غير الملائم أن نرجع

---

(١) قرب مازان ص ٣١ المرجع السابق.

(٢) جوسران « بعث الخطأ الجسيم تحت اسم المهنة » فى دالوز الأسبوعى سنة ١٩٣٩ ص ٢٩ انظر ص ٣١.

(٣) ريبير النظام الديمقراطى والقانون المدنى الحديث ص ٣٩٧ ؟؟ ، Ripert, une nouvelle propriété incorporelle: la Clientèle des représentants de commerce D.H. 1939, Chronique p. 1 et s.. خاصة الفقرة الأولى ص ٣ والفقرة الأخيرة من المقالة ص ٤.

Joss, sur la reconstitution d'un droit classe D.H. 1937, p. 1.

Joss, un ordre juridique nouveau D.H. 1937, p. 41.

Joss, D.H. 1939. La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession, p. 31.

Jean Dabin, Droit de classe et droit commun dans l'introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, t. III, p. 66.

فى جميع الأحوال إلى معيار الرجل اليقظ بل أصبح من المحتم أن نستبدل به معايير أخرى تكون أكثر تمشياً والتئاماً مع ما للشخص المسئول من دراية فنية وخبرة فى مهنته[١] . فإذا أردنا أن نبين مدى العناية التى يجب على الطبيب أن يبذلها فعلينا أن نتلمس ما كان يفعله طبيب يقظ أحيط بنفس الحالات الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول .

ولكن هل نموذج الطبيب اليقظ الذى اتخذناه معياراً لمدى العناية التى يلزم بها الطبيب هو معيار مجرد أم معيار شخصى .

لتحديد مستوى العناية التى يجب أن يبذلها أى إنسان فى القيام بالتزاماته طريقان . فإما أن نلزمه بما اعتاد على بذله من يقظة وتبصر فإذا اتضح أنه كان يستطيع أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه وأن ضميره يؤنبه على ما اقترف من إهمال وتفريط اعتبر مخطئاً وإلا فهو غير مخطىء وهذا هو التقدير الشخصى أو الواقعى وإما أن نلزمه بالمستوى الذى كان يبذله شخص مجرد يفترض فيه من اليقظة ما يقتضيه حزم التصرف وحاجات التعامل والمصالح المشتركة بين الناس وهذا هو التقدير المجرد أو المادى . ويظهر أن الفقه والقضاء حارا بين هذين الطريقين لدى معالجتهما للخطأ الطبى فرأى نفر من الفقهاء[٢] ومعهم بعض الأحكام[٣] وجوب الأخذ بالتقدير الواقعى

---

(١) إسمان فى بلانيول ، ريبير ج ٦ بند ٥١٧ ، مازو بند ٤٢٩ المرجع السابق ، ريبير القاعدة الخلقية بند ١٣٨ ص ٢٤٩ ، النظام الديموقراطى والقانون المدنى بند ١٢٨ ص ٣٣٠ ، لاكاس بند ٧٧ ، بهجت بدوى بند ٣٠٤ ص ٤٣١ فى الآخر ، Halsburyes Laws of England op cit. V. 23, p. 579, No. 829. جوسران المرجع السابق ص ٣١ (دالوز الأسبوعى سنة ١٩٣٩) .

(٢) جاردنا وريتشى ص ٣١٢ رقم ١٩٣ ، فالك المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ٦٠٩؛؛ راجع ص ٦١٢ ، ليجال « الإهمال وعدم الاحتياط » رسالة ١٩٢٢ ص ١١٥ ، ديموج ج ٣ بند ٢٥٤ ص ٤٢٦ ، دونديو دى فابر ص ٧٢٠ من النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ فى المناقشة التى دارت فى المؤتمر الطبى الشرعى السادس عشر برئاسة الدكتور بول . قرب « Rutsaert » أساس المسئولية المدنية التقصيرية رسالة ١٩٣٠ ص ١٤ إلى ٢٠ . =

واتباع المعيار الشخصى ذلك أنه ليكون الطبيب ملزماً بتلافى ضرر ما ، يجب أن تكون له القدرة على دفعه ولا يمكن أن يلام على أمر ما كان فى استطاعته أن يتوقعه فالتزام الطبيب يجب أن يتناسب إذن مع مؤهلاته الطبيعية والثقافية إذ لا يتصور أن يكون ملزماً بحد من الكفاية أكثر من طاقته[1] .

وفضلا عن أن الوصول إلى الحقيقة فى حال الإنسان يقتضى مراقبته وتبين حركاته وهو ما يفوق متناول القضاء[2] فإنه قد لوحظ بحق أن تطبيق هذه القاعدة فى التقدير من شأنه أن يجعل من الخطأ فكرة شخصية بحتة فنفس الفعل إذا ارتكب فى نفس الحالات قد يوجب مسئولية شخص دون آخر فيكافأ من اعتاد التقصير بعدم محاسبته على تقصيره ويجازى من اعتاد اليقظة على أقل هفوة يهفوها[3] .

= قارن جاردنا وريتشى ص ١٤ بند ٤ وفالك المرجع السابق ص ٦٢٦ ، سافاتييه ج ١ بند ١٦٦ و ١٦٧ و ١٧٥ و ١٧٦ و ١٩٥ و ١٩٧ وهو يبدأ بالأخذ بمعيار الرجل اليقظ ولكنه يقرر أنه يجب أن يراعى فى تطبيقه التكوين الجسمانى والعقلى للشخص المسئول .

(٣) من ذلك محكمة لييج ١٨٩٠/٧/٣٠ سيرى ١٨٩٥ — ٢ — ٣٣٧ ، بلجيكا القضائية ١٨٩١ — ٦٩٩ . وقد قررت أن الطبيب غير ملزم بأن يبذل للمريض من العناية إلا بقدر طاقته بالنظر إلى مؤهلاته الطبيعية والثقافية وتجاربه الشخصية ، متز ١٨٦٧/٥/٢١ دالوز ١٨٦٧ — ٣ — ١١٠ ، محكمة الاتحاد السويسرى ١٨٩٢/١٢/٩ سيرى ١٨٩٣ — ٢ — ١٦ دالوز ١٨٩٦ — ٢ — ٦٩ ، «Le Puy» ١٩١١/١٢/٩ مذكور فى جاردنا وريتشى ص ٣٨٠ عدد ٢ ، حكم محكمة مصر المختلطة فى ١٩١٦/١٢/٣٠ جازيت سنة ٧ ص ٥٧ رقم ١٦٦ وقد جاء فيه :

« Le médecin se doit tel qu'il est aux malades qui l'ont choisi d'après ses qualités réelles ou supposées ».

(١) راجع برودمان مذكور فى مازو بند ٤١٦ .

(٢) مصطفى مرعى بند ٤٠ ص ٣١ . فقاعدة التقدير المجرد كما يقول « Fromageot » تدلل لنا من الناحية العملية صعوبات كأداء Fromageot – La faute comme source de la responsabilité, p. 39.

(٣) مازان ص ٢١٥ ، لاكاس بند ٧٥ ص ٦١ ، دكتور وديع فرج المرجع السابق ص ٣٩٨ ، مازو بند ٤١٨ و ٤٢١ .

فمثلا طبيب تسبب بجهله فى موت أحد مرضاه ، ضميره لا يؤنبه إذ هو يعتقد فى نفسه الكفاية لمباشرة المهنة وقد أجرى كل ما يمكنه لإنقاذ المريض ولكن لسوء الحظ كانت وسائله محدودة . فإن نحن حكمنا على مسئوليته بمعيار شخصى لوجب إعفاؤه من المسئولية حتى إذا ثبت أن أى طبيب آخر كان فى إمكانه أن ينقذ حياة المريض .

ولا شك فى أن أنصار نظرية التقدير الشخصى يشعرون بأن هذه النتيجة غير مقبولة ولهذا فهم لا يحجمون عن القول بأن ضمير الطبيب يؤنبه على أنه زوال مهنة هو غير أهل لها (١) .

ولما كان هذا القول لا يعدو أن يكون افتراضاً لا يطابق الواقع حيث يشعر الطبيب دائماً بأنه أهل لمباشرة مهنته فإن ليجال (٢) يقول إنه فى هذه الحالة يعتبر الطبيب مهملا فى تكوين هذا الاعتقاد الفاسد إذ هو لم يعبأ بسلامة المريض وهو ما كان يحتم عليه ثقة أقل بنفسه وشعوراً أدق بحدود طاقته . وهكذا فإن ليجال ينتهى إلى نبذ البحث فى حالة الضمير وتقدير سلوك الطبيب بمقارنته بسلوك طبيب آخر ذى ضمير حى فيرجع بذلك إلى طريقة التقدير المجرد . لذلك تفضل أغلبية الفقهاء تقدير مستوى العناية التى يجب أن يبذلها الطبيب طبقاً لقاعدة التقدير المجرد (٣) لا على

---

(١) ليجال المرجع السابق ص ٧٠ .

(٢) ليجال المرجع السابق ص ٧٠ و ٧١ .

قرب فالك المرجع السابق ص ٦٢٦ حيث يبدأ بالأخذ بالمعيار الشخصى ولكنه لا يلبث أن يضع قيداً على تطبيق هذا المعيار فيقول إنه إذا تم الطبيب بسلوكه عن جهل لا يأتيه طبيب آخر اعتبر مع ذلك مسئولاً لأنه بجهله يخل بالثقة المشروعة التى أولاه إياها المريض . فالدائن ينتظر من مدينه حداً أدنى مما يعد بالوفاء به والمريض ينتظر من طبيبه حداً أدنى من العلم لأن الشهادة التى يحملها تدفعه إلى الثقة به .

(٣) ديفلو ص ٢٦ و ص ٧٨ و ٧٩ ، بلانيول اسمان بند ٥٢٣ و ٥١٧ ، مازان ص ٢١٥ ، لاكاس بند ٧٤ ؟؟ خاصة بند ٧٨و٧٩ ص ٦٤ ، بلانش روديه ص ٢١٦ ، بهجت بدوى أصول الالتزامات بند ٣٠٤ ص ٤٣١و٤٣٢ ، مارتان ص ٥٩ و ٦١ فى =

إطلاقها فان فى ذلك كل الظلم على الطبيب وإنما مع مراعاة بعض الملابسات المحيطة بالطبيب والتى أثرت حتما على سلوكه . ذلك أن الطبيب اليقظ ليس إلا كائناً افتراضياً لا يعيش فى عصر معين ولا فى جهة خاصة فلكى تتحقق المقارنة على الوجه الصحيح يجب أن نخرج من عالم التجريد إلى عالم الحقيقة فنضع هـذا النموذج الذى تخيرناه فى نفس الحالات الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول[1] وليس معنى هـذا أننا نذهب إلى حد وضعه فى نفس الظروف التى أحاطت بضمير المدعى عليه فنقارن بين سلوك هـذا الأخير وسلوك شخص له مثل نفسيته وإلا رجعنا إلى نظرية التقـدير الشخصى التى رفضناها .

فأين إذن الحد بين الظروف الخارجيـة التى تجب مراعاتها والظروف الداخلية التى يجب إهدارها ؟

= الآخر و ص ٦٢ ، وديمو فرج المرجع السابق ص ٣٩٨ ، مازو بند ٤٢٣ ؟؟ — ٤٣٩ — ٥١١ هامش ١ مكرر و ٦٧٧ و ٦٧٨ . قرب كولان وكابيتان طبعة ٨ ج ٢ بند ١٩٠ ، سافاتييه المجلة الانتقادية ١٩٣٤ ص ٤٠٩ ؟؟ بند ١٧ ، سليمان مرقس نظرية دفع المسئولية ص ١٤ ، سنهورى نظرية العقد ص ٩٥٤ بند ٨٥ والالتزامات بند ٢٧٩ و ٣١١ ، مصطفى مرعى بك المسئولية المدنية بند ٤٠ ص ٣١ ، جاردنا ص ١٤ بند ٤٠ ، هوك ج ٧ بند ٩٣ ص ١٣٩ ، جينى التبعات والمسئولية سـنة ١٩٠٣ ص ٨٣٨ ، دكتور حشمت ابو ستيت الالتزامات بند ٣٦٢ ص ٢٥٤ وبند ٤٤٧ ص ٣١٦ ، سوردا طبعة ٥ بند ٦٥٣ ص ٧٣١ و بند ٦٥٧ ص ٧٣٥ ، زخاريا ص ٣٢٠ هامش ١٩ ، فروماجو الخطأ كمصـدر للمسئولية ص ٣٩ ، سـالى حوادث العمل والمسئولية المدنيـة ص ٥٣ . وفى القانون الانجليزى راجع هالسبورى المرجع السـابق ج ٢٢ طبعة ١٢ ص ٣١٨ ؟؟ بند ٦٠١ و ج ٢٣ ص ٥٧١ ؟؟ بند ٨٢٥ و ٨٢٦ .

وأغلب التشريعات الأجنبية تأخذ بقاعدة تقدير الخطأ بمعيـار مجرد . راجع فى ذلك مازو بند ٤٤١ ؟؟ ، وديموج ج ٣ بند ٢٩٥ ص ٤٩٠ ، وليجال ١١٠ ؟؟ .

(١) Bettremieux — Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français, thèse No. 41، مازو بند ٤٢٩ ، لا كاس بند ٧٧ ؟؟ ، ديغلو ص ٧٩ ، مازان ص ٢١٥ ؟؟ ، هالسبورى ج ٢٢ ص ٣١٨ و ٣١٩ بند ٦٠١ و ج ٢٣ بند ٨٢٣ ص ٥٦٩ . قرب مصطفى مرعى بند ٤١ ص ٣١ ، حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام بند ٤٤٧ ص ٣١٦ .

يقول الفقيه مازو[1] إن الأحوال الداخليـة هى اللاصقة بشخص المسئول والمتعلقة بخصائصه الطبيعية والأدبية وكل ما عداها هو من قبيل الأحوال الخارجية .

وعلى ذلك فلا شك أن خطورة الحالة وما تستلزمه من إسعافات سريعة قد لا تكون محاطة بظروف ملائمة تعتبر من الحالات الخارجية التى لا بد من مراعاتها فى تقدير الخطأ المنسوب إلى الطبيب[2] .

كذلك الحال بالنسبة لكل ما يتعلق بالزمان والمكان المدعى بحصول الخطأ فيهما وما اقترن بهما من إجراء العلاج بعيداً عن المستشفيات والأدوات العلاجية اللازمة أو معونة الزملاء والممرضين إذ أن هـذه الظروف وما يماثلها تبيح للطبيب أعمالا لو صدرت منه فى غيرها لعدت خطأ أكيداً يوجب مسئوليته[3] .

فمثلا إغفال إجراء أشعة على العضو المصـاب وهو ما قد يعتبر خطأ بالنسبة لطبيب المدن لا يمكن أن يؤاخذ عليه طبيب الريف الذى لا تتوافر له الوسائل لإجرائها .

---

(١) مازو بند ٤٣٨ .

(٢) راجع روان ١٩٢٣/٤/٢١ سيرى ٢٤ — ٢ — ١٧ جازيت باليـه ١٩٢٣ — ٢ — ٢٤٧ ، مازان ص ٢١٦ ، ديموج المجلة الفصلية سنة ١٩٣٢ ص ١١٠٤ بند ٢١ ، هالسبورى المرجع السابق ج ٢٣ ص ٥٧٦ بند ٨٢٨ ، مازو بند ٥١١ ص ٥٥٥ . قرب اسمان فى بلانيول بند ٥١٩ ج ٦ ، وقارن هالسبورى المرجع السابق ج ٢٣ بند ٨٢٧ حيث ما جاء فيه أن درجة العناية المتطلبة تتناسب تناسباً طردياً مع خطورة العمليـة واحتمال حصول الضرر من جرائها .

(٣) لا كاس بند ٧٨ — قضية لابورت — باريس ١٨٩٨/٣/٤ سـيرى ١٨٩٩ — ٢ — ٩٠ ، روان ١٩٢٣/٤/١١ جازيت باليـه ١٩٢٣ — ٢ — ٢٤٧ — سـيرى ١٩٢٤ — ٢ — ١٧ ، باريس ١٩٢٣/٦/٦ دالوز ١٩٢٤ — ٢ — ١١٧ ، ليون ١٩٠٤/١١/١٧ دالوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ هامش ٨ ، وفى سيرى ١٩٠٧ — ٢ — ٣٣٣ . قرب مازو ج ١ بند ٤٣٢ ، وسنهورى الموجز فى الالتزامات بند ٣١١ ، مصطفى مرعى بند ٤١ ، وديع فرج ص ٣٩٨ و ٣٩٩ المرجع السابق ، مازان ص ٢١٦ .

فلتقدير سلوك الطبيب إذن على القاضى أن يتساءل عما كان يفعله طبيب يقظ فى الزمان والمكان الذى حصل فيهما العلاج مع مراعاة الأصول العلمية وحالة المرض وهكذا فان معيار الخطأ يحتفظ بالمرونة اللازمة لكى يلائم ملابسات الحال ويتمشى مع التطورات الاجتماعية والتقدم العلمى[١] .

وعلى العكس من ذلك ليس هناك شك فى أنه يعتبر من قبيل الأحوال الداخلية بالنسبة للطبيب المسئول كل ما تعلق بتكوينه الجسمانى وبحالته النفسية[٢] كعاداته وصفاته إذ ليس من العدل فى شىء أن يرجع فى تحقيق مسلك الطبيب إلى أحواله المتصلة بشخصه من حيث القوة أو الضعف واليقظة أو الغفلة والنشاط أو الخمول حتى لا يتحمل المجموع الآثار السيئة للطبائع الناقصة أو المعيبة[٣] .

وقد حكمت محكمة دويه فى ١٩ يناير سنة ١٩٣١[٤] بأن عاهة الطبيب لا تصلح أن تكون عذراً له إذ من حق المريض وإن كان عالماً بهذه العاهة أن يفترض أن الطبيب وقد أقدم على إجراء العملية حاصل على كل

---

(١) لاكاس بند ٧٧ و ٧٨ ، مازو بند ٤٣١ و ٤٣٢ ، مازان ص ٢٢١ .
تعليق R.C. على حكم ريوم ١٩٢٩/٢/٥ ، جازيت باليه ١٩٢٩ — ١ — ٦٥١ عمود ثاني.

(٢) مازو بند ٤٣٣ .

(٣) قرب مصطفى مرعى بند ٤٠ ص ٣١ .
« Halsbury's (op. cit.) v. 22, p. 318, No. 600 وقد جاء فيه :
« A person who holds himself out as ready to give medical advice or treatment impliedly undertakes that he is possessed of skill and knowledge for that purpose ».
راجع أيضاً هالسبورى ج ٢٣ بند ٨٢٩ .

(٤) جازيت باليه ١٩٣١ — ٢ — ٧٧٥ ، دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ ملخص ٩ .
قرب هالسبورى ج ٣ بند ٨٢٩ ص ٥٧٩ :
« A man should not however undertake to do a work of skill unless he is fitted for it and it is his duty to know whether he is so fitted or not ».

المؤهلات لإجرائها وأن عاهته لا تؤثر فى قدرته فى هـذه الناحية والحال يجب أن يكون بالمثل بالنسبة للطبيب الذى يقدم على العلاج وهو فى حالة سكر فقد معهـا شعوره وسلامة تقـديره إذ يجب ألا يغرب عن باله أن السكر عاهة خطيرة وأنه يرتكب خطأ لا يغتفر إن هو أقدم على العـلاج وهو فى هذه الحالة دون أن يبالى بالأخطار التى قد يتعرض لها المريض[١].

وخلاصة ما تقدم أنه لتحديد مستوى العناية التى يلزم بها الطبيب يجب أن نرجع إلى معيار مجرد تراعى فيه الظروف الخارجية التى أحاطت بالمسئول فهل يصدق ما قلنـاه سواء أكانت مسئولية الطبيب عقـدية أم تقصيرية ؟ الواقع أنه إذا كان تحديد التزامات الطبيب أمراً مرجعه إلى القواعد المهنية ففى الدائرة العقدية يجب ألا نغفل ما للإرادة المشتركة من أثر فى تحديد مدى العناية التى يجب على الطبيب أن يبذلها ، وإذا كنا قد قلنا إن الأصل فى تحديد هذه العناية هو الرجوع إلى معيار مجرد فما ذلك إلا تفسيراً لإرادة الطرفين [٢] إذ المفروض فيمن يلجأ إلى طبيب لعلاجه أنه ينتظر منه العناية المعتادة من الطبيب اليقظ [٣].

على أنه ما دام مرجع المسألة إلى إرادة الطرفين فإنه إن دلت الظروف على أن النية المشتركة قد اتجهت إلى استلزام مستوى من العناية أشد أو أخف من المستوى المعتاد ، فلمن له المصلحة فى هـذا الادعاء أن يثبت صحة ما يدعيه [٤] .

---

(١) مازان س ٢١٨ ، بلانش روديه س ٢١٨ .

(٢) وهو ما يتفق مع التفسير الذى يعطيه الفقه الحديث للمادة ١١٣٧ م ف راجع مازو بند ٦٦١ .

(٣) راجع مازان س ٢١٦ ، حكم محكمة السين فى ١٩٣٨/١/٤ (دالوز الأسبوعى سنة ١٩٣٨ ملخص الأحكام ١١) الذى قرر أن الطبيب يرتكب خطأ تعاقدياً إن هو لم يبذل فى العلاج العناية التى يحق للمريض أن ينتظرها منه بالنظر إلى ما جرت عليه العادة . قرب سوردا بند ٦٥٤ .

(٤) قرب سوردا بند ٦٥٧ .

والقول بغير ذلك من شأنه إيقاع الظلم بطائفة كبيرة من الأطباء وإحداث الفوضى فى المهن الطبية بل وعلى الأخص إهدار قصد العاقدين .

فطبقاً للقاعدة التى وضعناها يعتبر التخصص الفنى والمركز العلمى والخبرة فى ممارسة المهنة من الظروف الداخلية . فهل يجوز أن نفترض أن المريض يتطلب مستوى واحداً من العناية سواء التجأ إلى طبيب عمومى حديث السن حديث العهد بالمهنة أم التجأ إلى طبيب أخصائى ذى شهرة واسعة فى فنه ؟ وهل يجوز إهدار جميع الصفات الطبيعية والأدبية فى الاثنين اكتفاء بصفة خارجية كإقامتهما فى بلد واحد ؟ ثم ماذا يبقى من عقد العلاج إذا قلنا بهذه النظرية ، فالمريض الذى يختار طبيبه يقدر عادة كل مؤهلاته وصفاته المعروفة وهذه هى سمعة رجل الطب ورأس ماله وكثيراً ما يكون لها أثر فى تقدير أجره . فعقد العلاج تراعى فيه شخصية المتعاقد فكيف تهدر مقومات تلك الشخصية عند مقارنة مسلك صاحبها بالمسلك الواجب لتقدير أعماله [1] ؟ لا شك أنه يجب الوقوف عند بعض الصفات التى كانت محل اعتبار عند التعاقد [2] . ولكن كيف يمكن تقصى الإرادة المشتركة للطرفين والكشف عما استقر فى صدريهما ؟

غنى عن البيان أن الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية ، تنطوى على كثير من التعقيد والغموض فلا غرو إن لم يكن أمامنا من سبيل للوصول إليها إلا بتلمس مظاهرها الخارجية فهى التى تنقلها من العالم النفسى إلى العالم الإجتماعى .

على أنه إذا كانت ميول الطبيب وعاداته قلما تكون محل اعتبار فى

---

(١) وديع فرج المرجع السابق ص ٣٩٩ ، فوازينيه المرجع السابق ص ٤٤٢ ، فالك المرجع السابق ص ٦٢٥ . وقرب محمد على إمام ص ٢٩٨ وهو يشير إلى أهمية الاعتبار الشخصى فى العقود التى تجرى مع أرباب المهن .

(٢) قرب محكمة مصر المختلطة فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٦ جازيت المحاكم المختلطة سنة ٧ ص ٥٧ رقم ١٦٦ .

التعاقد لأنها فى الغالب تكون مجهولة من المريض [1] فهناك بالعكس عوامل شخصية لها صلة وثيقة بعمل الطبيب وكفايته فى مهنته ومركزه بين زملائه كالتخصص فى فرع من الفروع وكأن يكون على رأس مستشفى من المستشفيات أو مدرساً فى جامعة من الجامعات وكالوجود فى قرية بعيدة عن العلم والعلماء وما إلى ذلك من الاعتبارات التى يراعيها المريض عند اختيار الطبيب والتى يمكن أن نطلق عليها الاعتبارات التى ترجع إلى المستوى المهنى للطبيب فلو أضيف هذا العنصر إلى عناصر التقدير المجرد بحيث يراعى عند المقارنة الأحوال الخارجية والمستوى المهنى وما يثبت أن الطرفين راعيا من الأحوال الشخصية اللاصقة بالطبيب فيقارن الطبيب الريفى بطبيب ريفى مثله والمتخصص فى المدينة بمتخصص مثله لأصبحت تلك القاعدة صالحة فى عرفنا أساساً لتقدير الخطأ الطبى [2]. فلا يلام الجراح على فشله فى عملية كان فى استطاعة جراح آخر أمهر منه أن ينجح فيها مالم ينم سلوكه عن قصور عن عناية الجراح اليقظ [3] . ولا يسأل الطبيب العمومى عن جهله بما يعرفه

---

(١) مارتان المرجع السابق ص ٦٢ .

(٢) وديع فرج المرجع السابق ص ٤٠٠ ، فالك المجلة الانتقادية ١٩٣٧ ص ٦٢٦ ، مازان ص ٢١٩ ؟! ، بلانش روديه ص ٢١٧ و ٢١٩ ؟! .

(٣) لاكاس بند ٧٨ ص ٦٤ ، ابلتون وسلاما القانون الطبى ص ٧١ ؟! ، جارسون قانون العقوبات م ٣١٩ و ٣٢٠ بند ١٩٢ ، نيس فى دالوز ١٩١٩ — ١ — ٣١ الفقرة الأولى عمود أول ، ديوران المرجع السابق ص ١٥٨ ، ليبج ١٨٩٠/٧/٣٠ داللوز ١٨٩١ — ٢ — ٢٨١ ، سيرى ١٨٩٥ — ٢ — ٢٣٧ ، متز ١٨٦٧/٥/٢١ سيرى ١٨٦٨ — ٢ — ١٠٦ ، داللوز ٦٧ — ٢ — ١١٠ ، محكمة مصر فى ١٩٢٧/٥/٢ المحاكم عدد ١٤٢٩ سنة ٣٩ رقم ١٠٣٧ المجموعة الرسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ ص ٢٠ الحقوق سنة ٤٤ رقم ٥٠ ص ٣٣٧ ولقد جاء فى حيثياته « والمبدأ الذى يمكن أن يستخلص من هذه الأحكام (الأحكام الفرنسية) هو أنه ليس للمحاكم أن تبحث فى النظريات والآراء الطبية ، كما أنه ليس لها أن تراقب أو تنتقد طريقة العلاج وبناء على ذلك لا يصح أن يسأل الطبيب لغلطه فى تشخيص المرض أو لأنه باشر عملية جراحية بغير مهارة وقد كان يمكن لطبيب ماهر أن يباشرها بنجاح . قرب الاتحاد السويسرى ١٨٩٢/٦/١٠ سيرى ١٨٩٢ — ٤ — ٣٨ ، «Le Puy» ١٩١١/١٢/٧ مذكور فى جاردنا وريتشى ص ٣٨٠ عمود ٢ .

الاخصائيون وحدهم من تشخيص وعلاج بعض الأمراض ولـكن نفس الجهل لأعراض مرض يمس عضواً معيناً يوجب مسئولية من تخصص فى أمراض ذلك العضو حتى لوكان المرض لم يكشف عنه التقـدم العلمى إلا حديثاً [١].

كذلك الطبيب الذى يلجأ إلى طبيب مسن فى الريف مفروض فيه أنه يعلم بأنه بعيد عن التطورات العلمية الحديثـة فلا يمكنه كما قررت محكمة [٢] ليون أن يلومه على استعمال الوسائل العتيقة التى يعرفها .

وبالعكس فإن الطبيب الذى يعمل بإحدى المدن الـكبرى عليه أن يتتبع التطور العلمى ولا يغتفر له جهله بالحقائق الجديدة التى أسفر عنهـا التقدم فى الفن الطبى .

كذلك الحال بالنسبة للأطباء الذين يقصرون نشاطهم على ناحية معينة يتخصصون فيها كالأطباء الاخصائيين فى أمراض القلب أو الصدر . . الخ

---

(١) فالك المرجع السابق ٦٢٦ و ٦٢٧ ، ليون ١٩٢٣/١١/١٠ فى جاردنا وريتشى ص ٣٨١ عمول أول .

(٢) ليون فى ١٩٠٤/١١/١٧ سيرى ١٩٠٧ — ٢ — ٢٣٣ وتعليق بيرو خاصة حيث يقول :

«Faire une opération d'après un procédé abandonné est une faute médicale.

Mais si ce procédé se trouvait encore préconisé dix ou douze années auparavant par l'un des Maîtres de la Science et si le prévenu est un humble praticien résidant loin de tout grand centre intellectuel, cette faute n'est évidemment pas lourde. On est en face d'une fluctuation scientifique ne se répercutant dans l'ensemble du corps médical qu'au bout d'un assez grand nombre d'années malgré la diffusion actuelle des journaux de médecine; l'emploi d'une telle méthode opératoire par un médecin de compagne ou de petite ville n'est pas juridiquement répréhensible en lui-même».

ولقد تساءل بيرو بحق عما إذا لم يكن هنـاك وجه لمساءلة الطبيب إذا هو لم يعن باستشارة أحد زملائه فى استعمال مادة خطرة كـكلوريدات الـكوكايين رغم ما كان يشعر به من قصور فى معلوماته إزاء التقدم المستمر فى الفن الطبى الذى حالت ظروفه الشخصية دون تتبعه . راجع أيضاً «R.C.» جازيت باليه ١٩٢٩ — ١ — ٦٥١ عمود ٢ .

لا شك أنهم يطالبون بعناية أكبر من التي يطالب بها الأطباء العموميون فالمريض لا يلجأ إلى الاخصائي عادة إلا بناء على نصيحة الطبيب المعالج الذي يقدر أن حالة المريض تستدعي عناية من شخص له دراية خاصة فالاخصائي يجب أن يكون على إلمام تام بأصول فنه ولتقدير سلوكه يجب أن يقارن بسلوك إخصائي مثله[١] . ولكن من جهة أخرى لما كانت دائرة بحثه مقصورة على ناحية معينة فإنه لا يسأل إن هو لم يكشف للمريض عن مرض خارج عن هذه الدائرة فلا يلام مثلا من تخصص في أمراض المعدة إن هو لم يكشف على الأعضاء التناسلية للمريضة وهو ما كان يضمن له الوقوف على حقيقة الداء[٢] .

---

(١) لاكاس بند ٧٨ ص ٦٣ في الآخر ، مازان ص ٢٢٠ وراجع محكمة مصر في ٢/٥/١٩٢٧ المجموعة الرسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ ص ٢٠ . وقد اعتبرت الطبيب المولد مسئولا عن استعماله العنف في جذب الجنين رغم كبر حجم رأسه وضيق الحوض استناداً إلى ما قرره الدكتور نجيب محفوظ من أنه يستبعد على طبيب متمرن مختص بالولادة جذب الرأس حتى يفصل عن العنق رغم أنه من الجائز أن يحصل ذلك من طبيب غير إخصائي يعالج كل الأمراض .

ولقد قررت محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر في ٣/٤/١٩٣٩ (دالوز الأسبوعي ١٩٣٩ — ٣٣٧ وسيري ١٩٣٩ — ١ — ١٦٦) أن الطبيب الاخصائي في الأشعة لا يغتفر له خطؤه في قراءة صورة تنم عن وجود كسر في عظمة الفخذ إذ أن درايته الخاصة في هذه الناحية كانت تحتم عليه تلافي الوقوع في مثل هذا الخطأ . راجع أيضاً س م ٢/١/١٩٣٦ محاماة سنة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ وقد جاء في حيثياته :

« وبالنسبة للأطباء الاخصائيين فإنه يجب استعمال منتهى الشدة معهم وجعلهم مسئولين عن أي خطأ ولو كان يسيراً خصوصاً إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم لأنه من واجبهم الدقة في التشخيص والاعتناء وعدم الإهمال في المعالجة » .

(٢) مارتان ص ٦٨ ، بلانش روديه ص ٢١٩ و ٢٢٠ ، محكمة ايفري ١/٥/١٩٣١ المجلة الفصلية سنة ١٩٣١ ص ٨٩٤ وتعليق ديموج بند ٣٧ ، مصر الملكية في ٣٠/٥/١٩٣٣ في قضية عبد الحميد حمدي الواردة بالجدول رقم ٧٨٧ سنة ١٩٣٢ .

وقد جاء في ختام الحكم عن الدعوى الأصلية ما نصه :

« وحيث إنه لا نزاع في أن الطبيب الاختصاصي الذي يعالج مريضاً بناء على أمر الطبيب المعالج ليس مسئولا عن نتيجة هذا العلاج إلا إذا ثبت أنه كان مخطئاً من حيث الفن في اختصاصه عند معالجة المريض أو قد استعمل طرقاً غير فنية تتعلق بمهنته وقد حكمت بذلك محاكم النقض الفرنسية وكذلك أيضاً أيد الفقه هذه النظرية » .

قد يعاب على القاعدة التى وضعناها أنها تترك للقاضى مجالا واسعاً للتعسف فى التقدير فينتهى الحال بأن يتغير المعيار بتغير القضاة. وفضلا عن هذا الاعتراض ليس موجهاً إلى معيار الخطأ الطبي وحده فإنه يجب ألا ننسى أن القاضى لا يحكم منفرداً فى القضايا الهامة وأنه من جهة أخرى يستعين برأى الخبراء وفى النهاية لا سبيل إلى إيجاد معيار يقاس به مسلك الأشخاص كما تقاس الأبعاد المادية بالمتر والذراع ، فيجب الاعتماد على علم القضاة وإدراكهم ، وليس فى ذلك ما يخشى منه تحكم القضاء فإن محكمة النقض تقيم من نفسها رقيباً على تكييف الوقائع الثابتة والحكم فيما إذا كانت تعتبر خطأ أو لا تعتبر[١] . ومن جهة أخرى فإن أحكام المحاكم تخلق عرفاً يصعب على القاضى أن يتجاوزه فمثلا لا يستطيع القاضى أن يحكم بأن الجراح يمكنه أن يجرى عملية بدون أن يطهر يديه[٢] .

فكرة الخطأ الجسيم والمسئولية الطبية :

قلنا إن الخطأ الطبي هو عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التى تفرضها عليه مهنته وبينا أن الطبيب يسأل بوجه عام عن كل تقصير فى مسلكه لا يقع من طبيب يقظ وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت به فهل يشترط أن يكون التقصير الذى وقع منه على جانب معين من الخطورة أو بعبارة أخرى هل يشترط فى الخطأ الطبي درجة معينة من الجسامة ؟

استقرت تقاليد القانون على عدم اشتراط درجة معينة من الجسامة فى الخطأ فسواء أوصف الخطأ بأنه جسيم أم يسير فهو كاف لشغل المسئولية

---

(١) مازو ج ٣ بند ٢٢٠٨ ، لاكاس ص ٦٥ بند ٧٩ ، جوسران ج ٢ بند ٤٣٨ والأحكام التى ذكرها ، سليمان مرقس ص ١٤ .

(٢) مازو ج ١ بند ٤٤٠ فى الآخر ، لاكاس ص ٦٥ بند ٧٩ ، مازان ص ٢٢٢ ، مصطفى بك مرعى المسئولية المدنية بند ٤٢ ص ٣٢ .

ولكن بعض رجال الفقه[١] رأوا أنه فيما يتعلق بالأطباء يجب أن نميز بين

---

(١) ساڤاتييه — المسئولية المدنية ج ٢ بند ٧٧٧ و ٧٨٣ و ٧٩٠ و ٧٩٥ وفى دالوز ١٩٣٩ — ١ — ٤٩ تعليقاً على عرائض ١٩٣٨/١١/٣٠ ، لالو — المسئولية المدنية طبعة أولى بند ١٦٧ ؟؟ وطبعة ثانيـة بند ٤٢٢ ؟؟ ، التعليق على ريوم ١٩٢٩/٢/٥ جازيت باليه ١٩٢٩ — ١ — ٦٤٤ ، بودان Beudant ج ٤ ١١٨٧ ، ديمولومب ج ٣١ بنـد ٥٤٣ ؟؟ ، ديموج ج ٣ بند ٢٦٤ ، فوازنيـيه ص ١٢٦ ؟؟ . وراجع مع ذلك فى بيان ما تقصده المحاكم فى نظره من اشتراط الخطأ الجسيم ص ١٣١ و ١٤٣ ؟؟ و ص ٤٦٧ ؟؟ ، وفى المقارنة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير ص ٢٥٩ و ٢٦٠ .

عكس مازو بنـد ٥٠٩ و ٥١١ ، لالو دالوز ١٩٣٣ — ١ — ١/١١٣ ، لوران ج ٢٠ بند ٥١٦ ص ٥٦٠ ، مصطفى مرعى بند ٧٠ و ٧١ ، فالك ص ٦١١ المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ، سليمان مرقس مجلة القانون والاقتصاد سنة ٧ ص ١٥٧ ؟؟ ، حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام بند ٤٤٩ و ٤٥١ ، بلانيول إسمان بند ٥٢٤ ، ديموج ج ٦ بند ١٨٠ ، لا كاس بند ٦٧ .

قارن جوسران ج ٢ بند ٤٢٧ و ٤٩٠ و ٥١٢ مكرر — ١٠٠٧ مكرر ، وديع فرج سنة ١٢ مجلة القانون والاقتصاد ص ٤٠٤ ؟؟ ، ليون دنيس دالوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ ، فان رين ص ٢٨ ، بيتل ص ٣٣ ؟؟ ، جوسران دالوز الأسبوعى ١٩٣٩ ص ٣٠ و ٣١ فى الآخر ؟؟ ، بيرو فى سـيرى ١٩١٠ — ٢ — ١٥٣ تعليقاً على سين ١٩٠٧/٧/٢٠ ، مرافعة لوبير أمام محكمة بروكسل فى قضية ١٩٣٠/٥/٣ .Bely jud. 1930, 594

راجع مع ذلك بوميرول — المسئولية الطبية أمام المحـاكم ص ٢٣ ؟؟ ، ميرنياك فى دالوز ١٩٠٧ — ٢ — ٤١ ، بيرو فى سيرى ١٩٠٧ — ٢ — ٢٣٣ و ١٩٠٩ — ٢ — ٢٢٥ و ٣٢١ ، جاردنا وريتشى بند ٣١٢ .

ويرى مانش ص ٣٦ ؟؟ من المرجع السابق أن الطبيب يجب ألا يسأل بوجـه عام إلا عن الخطأ الجسيم دون اليسير وأن مسئوليته من ثم نسبية . ولقد نادى الأطباء بهذه النظرية وأخذ بها بعض الفقهاء :

Lechopie & Floquet, Code des Med. p. 205.
Morache La prof. médicale. p. 199.
Vibret Med. les 6me éd. p. 764.

القللى فى المسئولية الجنائية ص ٢٣٦ ، جندى عبد الملك — الموسوعة الجنائيـة ج ١ ص ٥٣٩ بند ١٣٥ . ومع ذلك قارن نفس الـكتاب ج ٥ ص ٨٦٢ رقم ٤٠٧ ، دكتور خيال محاضراته غير المطبوعة التى ألقيت فى سنة ١٩٣٨ على طلبة السنة الثالثة فى الالتزامات .

ويذهب البعض (ديسلير ص ٥١ ؟؟ من المرجع السابق ، ومرافعة كريمو فى قضية نوريه نوروى ص ٦٨ و ٦٩ مذكورة فى ديسلير ص ٦٨ و ٦٩ ، وبرواردل ص ٢٧ ؟؟ فى كتاب المسئولية الطبية) إلى أن الطبيب لا يسأل فى الأصل عن الخطأ الفنى إطلاقاً ، إذ ليس=

نوعين من الخطأ : نوع يشمل الخطأ العادى الذى يقع فيه الطبيب كما يقع فيه غيره من الناس كلما فاته أن يؤدى واجب الحرص المفروض على الكافة ونوع يشمل الخطأ المهنى الذى يقع فيه الطبيب كلما خالف القواعد الفنية التى توجبها عليه مهنته .

وعند هؤلاء الفقهاء أن الطبيب يسأل عن خطئه من النوع الأول فى جميع درجاته وصوره أما بالنسبة للنوع الثانى فلا يسأل إلا عن خطئه الجسيم [١] .

وإذا فرضنا جدلا صحة هذه النظرية فإنه يعيبها أنه إن كان التمييز بين نوعى الخطأ طبقاً للمعيار الذى وضعوه سهلا وممكناً فى بعض الصور كما لو قام الجراح بعملية جراحية وهو فى حالة سكر [٢] أو أجراها مع كون .

=للقاضى أن يقتحم الدائرة العلمية ليناقش النظريات الفنية ، إنما يسأل الطبيب عن الأفعال التى لو صدرت من الشخص العادى لأوجبت مسئوليته .

ولا شك أن تعميم هذا المبدأ من شأنه أن يحرم على القضاة الفصل فى المسائل الفنية عامة وهو ما ينتهى بالقضاة إلى التخلى عن القضاء (جاردنا وريتشى ص ٣١٢ بند ١٩١) .

ولكن أنصار هذا المبدأ يزعمون أن المحاكم قد أقرته (بيزانسون ١٨٤٤/١٢/١٨ سيرى ١٨٤٥ — ٢ — ٦٠٢ ، عرائض ١٨٦٢/٧/٢١ سيرى ١٨٦٢ — ١ — ٨١٧ ، دالوز ١٨٦٢ — ١ — ٤١٩ ، ديجون ١٤ مايو سنة ١٨٦٨ سيرى ١٨٦٩ — ٢ — ١٢ ، دالوز ١٨٦٩ — ٢ — ١٩٥ — ٢ ، سين ٢٢ يناير سنة ١٨٨٩ دالوز ١٨٩١ — ٢ — ٢٨١ فى هامش B ، G.P. ١٨٨٩ — ١ — ٣٣٦ ، سين ١٩٠١/١/٥ بانديكت ١٩٠٢ — ٢ — ٢١٦ ، باريس ١٩٢٤/١١/٢٠ جازيت باليه ١٩٢٥ — ١ — ١٦٦ ، جراس ١٩٣٥/٥/٢٧ جازيت باليه ١٩٣٥ — ٢ — ٣٤١ .

ولنا عود لمناقشة هذه الأحكام وتحليلها .

(١) ويبرر إيمانويل ليفى (المجلة الانتقادية ١٨٩٩ ص ٣٩٠) هذه النتيجة بقوله :
« Toutes les fois que nous exerçons notre activité au profit d'autrui, la loi et la jurisprudence considèrent que la faute et le risque sont choses normales ; elles estiment que notre activité est naturellement faillible et ainsi, en principe, elles ne font point retomber sur nous les conséquences de la faute légère, elles la traitent comme cas fortuit ».

(٢) جاردنا وريتشى ص ٣١٣ بند ١٩٧ راجع مع ذلك Emile Arrighi De Casanova — La responsabilité médicale et le Droit Commun de la Responsabilité civile, Thèse 1946, No. 17.

يده اليمنى مصابة بعجز عن الحركة [١] حيث يعتبر خطؤه عادياً أو ارتكب غلطاً فى التشخيص فيوصف خطؤه بأنه خطأ مهنى — فإن الأمر يدق أحياناً لدرجة يصعب معها القول بما إذا كان الخطأ عادياً أو مهنياً [٢] فمثلا عدم الأمر بنقل المريض إلى المستشفى فى الوقت المناسب اعتبرته محكمة نانسى خطأ عادياً [٣] فى حين أن الأمر بالنقل إلى المستشفى يحتاج حتما لتقدير حالة المريض الطبية وما قد يتعرض له من أخطار لو بقى خارج المستشفى ، كذلك ترك قطعة شاش أو آلة فى جسم المريض أثناء العملية الجراحية قد يتبادر إلى الذهن أنه خطأ مادى غير أن السرعة التى تتطلبها بعض العمليات الجراحية قد تجعل منه خطأ مهنياً . كذلك الجراح الذى يقدم على إجراء عملية خطيرة لا لعلاج المريض من داء حقيقى يشكو منه بل لإزالة تشويه جسمانى لا تأثير له على صحته يبدو أنه يرتكب خطأ عادياً وهو ما قررته محكمة السين [٤] ومع ذلك فإنه لتقدير خطورة العملية أليس من اللازم

---

(١) دويه ١٩٣١/١/١٩ جازيت باليه ١٩٣١ — ٢ — ٧٧٣ ، دالوز ١٩٣٢ ملخص الأحكام ٩ .

ويضرب فوازينيه (المرجع السابق ص ١٢٧) مثلا للخطأ العادى حالة طبيب الأسنان الذى يهتك عرض المريضة وهى تحت تأثير البنج ، وحالة طبيب الأسنان أيضاً الذى يخلع أربعة عشر ضرساً بقصد الحصول على أجر أكبر .

قرب : حالة الجراح يترك حافظة ماء ساخن على قدمى مريض تحت تأثير البنج فيسبب له حرقاً (باريس ١٩٣٢/٧/٤ دالوز ١٩٣٣ — ٢ — ١١٣ ودالوز الأسبوعى ١٩٣٢ — ٤٥٠ ، وبورج ١٩٣٨/٢/٢ جازيت باليه ١٩٣٨ — ١ — ٧٢٣) . وحالة الطبيب يهجر مريضة فجأة بدون أن يحل طبيباً آخر محله (پو ١٩١٣/٦/٣٠ سيرى ١٩١٣ — ٢ — ٢٧٧ ، دالوز ١٩١٥ — ٢ — ٤٩ ، وجراس ٢٧ مايو ١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥ — ٢ — ٣٤١ ، سين ١٩١٠/١٢/٢٩ جازيت باليه ١٩١١ — ١ — ١٠٠) .

(٢) لاكاس بند ٦٨ ، مازو — المسئولية المدنية بند ٥٠٩ ، مازان المرجع السابق ص ٢٢٦ المرجع السابق .

(٣) نانسى ١٩٢٨/١/١٩ جازيت باليه ١٩٢٨ — ١ — ٤١٠ ، مازو بند ٥٠٩ ، مازان ص ٢٢٦ .

(٤) سين ١٩٢٩/٢/٢٥ جازيت باليه ١٩٢٩ — ١ — ٤٢٤ .

الرجوع للأصول الطبية (١) .

ويبين لنـا إذن أن التمييز بين نوعين من الخطأ فى دائرة نشاط الطبيب لا يخلو من التحكم فكل خطأ يصدر من الطبيب أثناء مباشرته للعلاج ينطوى حتما على ناحية مهنية بحيث لا يمكن فصله عن عمله الفنى أو وصفه بأنه خطأ عادى كذلك الذى يصـدر من عموم الأفراد . فكل خطأ طبى هو فى نظرنا خطأ مهنى وأكبر دليـل على ذلك أن أنصار التفرقة أنفسهم يقررون بأنه عند تقدير الخطأ العادى الصادر من الطبيب لا يمكن أن يغض الطرف عن صفة من ارتكبه (٢) .

وإذا كان هـذا التقسيم ينأى عن الواقع فى تصويره لطبيعة الأخطـاء التى تصـدر من الطبيب فإنه يزيدنا اقتناعاً باستبعاده أن ليس فى الفن التشريعى ما يسمح بالأخذ به فالنصوص المتعلقة بالمسئولية جاءت عامة فـلم تفرق من ناحيـة الخطأ بين درجاته اليسير منه والجسيم ومن ناحية المخطئين لم تفرق بين الفنيين وغير الفنيين . وإذا كانت النصوص تلزم المخطىء بتعويض الضرر الناشىء عن خطئه فكيف السبيل إلى استثناء الأطبـاء من حكم القاعدة العامة والقول بأنهم لا يسألون فى عملهم الفنى إلا عن الأخطاء الجسيمة دون اليسيرة (٣) .

---

(١) مازو المسئولية المدنية طبعة ٣ بند ٥٠٩ ، اميل اريجى دى كازانوفا المرجع السابق بند ١٧ ، بلانش روديه ص ٢٢٤ ، سليمان مرقس مجلة القانون والاقتصاد سنة ٧ ص ١٥٩ ، لاكاس المرجع السابق بند ٦٨ ص ٥٥ ، مازان ص ٢٢٦ المرجع السابق .

(٢) ساڤاتييـه فى دالوز ١٩٣٩ — ١ — ٤٩ ، مازان ص ٢٣٣ ، برو Bru ص ٨٤ و ٨٥ .

(٣) مصطفى مرعى بنـد ٧١ ، مازو بند ٥٠٩ وهامش ٧ ، فالك المجلة الانتصادية سنة ١٩٣٧ ص ٦١١ ، ساهو المرجع السابق ص ٨٣ و ٨٥ ، مارتان — الخطأ المهنى لا سيا فى المهن الحرة ص ٦٣ ، سليمان مرقس مجة القانون والاقتصاد ص ١٥٩ سـنة ٧ ، س مصر ٢ يناير سنة ١٩٣٦ ، محاماة سنة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ مجموعة رسمية سنة ٣٧ رقم ٩٣ ص ٢٦٠ .

=

نعم قيل إن التميز فى المعاملة بين نوعى الخطأ يمكن استخلاصه من مشتملات العقد الطبي إذ أن المريض وقت أن تقدم لاختيار الطبيب لم يقصد طبعاً أن يضيق من دائرة واجبات الطبيب العامة التى تلزمه بسلوك جانب اليقظة والحذر نحو الآخرين ومن بينهم المريض ذاته بل إنه قصد أن يضيف إلى ذلك الواجب العام بالحذر واليقظة ما يتطلبه عقد العلاج من التزامات طبية فنية ، ومع أن هذه الأخيرة قد يجهل المريض حدودها وتفاصيلها إلا أنه ترك أمر تحديدها للعلم والفن الطبي مطالباً الطبيب فيما يتعلق بها بحد أدنى من العناية هو عناية الطبيب اليقظ الذى فى مستواه المهنى [1] .

وهذا القول مبنى فى نظرنا على أن الالتزام باليقظة والحذر يندمج فى سائر العقود وهو ما ينادى به أنصار نظرية الجمع تلك النظرية التى رفضناها وأفضنا فى بيان الأسباب التى تدعونا إلى ذلك .

والآن لو صح هـذا الأساس القانونى فهل هنـاك ما يبرر التفرقة فى المعاملة بين الخطأ المهنى وما سموه الخطأ العـادى من الطبيب ؟ يقولون إنه إذا كان المنطق يقضى بأن يسوى فى المعاملة بين الطبيب وسائر الأفراد فيما ليس له اتصال بعمله الفنى فإنه لا يفهم كيف يكون الطبيب مسئولا عن آرائه وأفكاره والوسائل التى يختارها فى علاج الحالات التى تعرض عليه إذ كيف يمكن أن ينسب له الخطأ وأكبر العلماء قد يختلفون فى علاج المرض الواحد بله الحالة الواحدة فالحقائق الطبية غير مؤكدة ووسائل العلاج غير مضمونة وكم من حالة تقف أمامها الأصول العلمية حائرة فلا تجدى فيها جهود الإنسان إذا لم تقترن بظروف مستقلة عن إرادته ويكون النجاح فيها منوطاً بمحض الصدفة . فمن بين العلوم كافة ليس أكثر من الطب دوراناً على الاحتمال واعتماداً على الظروف لأنه مجال التجارب التى لا حد لها ، فحالة

= ويعترف جوسران (شرح القانون المدنى ج ٢ بند ٤٢٧ ص ٢٤٥ طبعة ٣) بأن قصر مسئولية الأطباء على الخطأ الجسيم لا أساس لها من نصوص القانون .

(١) وديع فرج مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٠٥ .

المريض الجسمانية وقوة استهدافه بل ومزاجه النفسى لها أقوى أثر فى خط سير المرض الأمر الذى يحيط بالغموض حالته ويوقع أكفأ الأطباء فى الحيرة ويعرضهم للخطأ فإن نحن سلطنا على الطبيب سيف المسئولية وحاسبناه على كل هفوة يهفوها لاضطرب ميزان اليقين من نفسه وتزعزعت ثقته بتجاربه وفنه وطافت برأسه أطياف الخوف والشك وغامت على عقله غيوم تتناول قواعد اليقين من نفسه وبذلك يصبح أمام مأزق من الشك والاضطراب يصعب معه أن يؤدى واجبه الإنسانى الجليل على الوجه الأكمل بما يعود على المريض نفسه بأبلغ الضرر . ويقولون إنه ليس من سبيل إلى أن يستقر اليقين وتثبت الطمأنينة فى نفس الطبيب إلا إذا شعر بأنه غير مسئول عن الأخطاء اليسيرة التى يتعرض لها الأطباء لزاماً أثناء مباشرتهم لمهنتهم (١) . ويضيفون إلى ذلك أن الطب لا زال فى سبيل التقدم فيجب أن تتسع للأطباء حرية العمل حتى تسهل عليهم مسايرة النظريات العلمية الحديثة والانتفاع بها بعد التحقق من صحتها . ولا شك أن مؤاخذة الطبيب على الخطأ اليسير فيه إرهاق له فيحل محل روح الابتكار الخوف الدائم من مسئولية تكاد تكون محتومة إذ يكفى التافه من الأمور لكى تتقرر (٢) .

لكن إذا كانت الحكمة فى ألا يسأل الطبيب عن خطئه اليسير هى الرغبة فى أن يفسح له مجال الحرية فى العمل وفى أن يتفادى القضاء الخوض فى المناقشات الفنية التى يشق عليه أن ينتهى منها إلى رأى سليم — إذا كانت الحكمة فى إعفاء الطبيب من المسئولية عن الخطأ اليسير ترجع إلى هذين السببين فهذان السببان مردودان من جهة لأنه إن وجب إدخال الطمأنينة

---

(١) سافاتييه — المسئولية بند ٧٧٧ و ٧٩٠ دالوز ١٩٣٩ — ١ — ٤٩ ، جوسران دالوز الأسبوعى سنة ١٩٣٩ بحث الخطأ الجسيم باسم المهنة ص ٣١ الفقرة الأخيرة ، إمانويل ليفى المجلة الانتقادية ١٨٩٩ ص ٣٩٠ ، ديموج ج ٦ ص ١٨٦ .

(٢) سافاتييه دالوز ١٩٣٩ — ١ — ٤٩ وفى كتابه فى المسئولية بند ٧٩٠ .

فى نفوس الأطباء حتى لا يقعد بهم الخوف من المسئولية عن الإقدام المفيد المنتج ، فإن من الواجب أيضاً حماية الجمهور حتى لا يعبث بسلامته استهتار الأطباء [١] . ومن جهة أخرى لأن حاجة القضاء لمناقشة المسائل الفنية ليست قاصرة على دعاوى مسئولية الأطباء وإنما تتناول كل دعوى يثار فيها أى بحث فنى فيتحتم على القاضى أن يستخلص من هذا البحث الرأى الذى يهيء له مهمة الفصل فى الدعوى والقاضى يرجع فيما يستخلصه قبل كل شيء إلى ما له من علم فإن شق عليه وحده أن يصل إلى ما يريح ضميره كان له أن يرجع إلى ذوى الخبرة يستنصحهم ويستعينهم لا لينزل حتما على رأيهم فيتخلى بذلك عن مهمة الحكم إلى من استنصحه منهم ولكن ليدرس الرأى المقدم له حتى إذا طابت به نفسه واستراح له ضميره اعتمده وأقره وإلا رفضه وامتنع عن الأخذ به [٢] .

لهذا كان الرأى الصائب فى نظرنا أن الطبيب يسأل عن كل خطأ يثبت فى حقه بغض النظر عما إذا كان هذا الخطأ جسيما أو يسيراً [٣] .

---

(١) مصطفى بك مرعى فى المسئولية المدنية بند ٧١ ، مازو بند ٥٠٩ ، لاكاس بند ٦٨ ص ٥٥ ، س مصر ٢ يناير سنة ١٩٣٦ محاماة سنة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ مجموعة رسمية سنة ٣٧ رقم ٩٣ ص ٢٦٠ ، محكمة الاسكندرية الكلية ١٩٤٢/١٢/٣١ (رقم ٢٦٤ كلى سنة ١٩٤٢) .

(٢) الاسكندرية الكلية ١٩٤٢/١٢/٣١ رقم ٢٦٤ كلى سنة ١٩٤٢ ، مصطفى مرعى بند ٧١ ، لاكاس بند ٧٢ ، ٧٣ ص ٥٩ ؟؟ .

(٣) مصطفى مرعى بند ٧١ ، مازو ج ١ بند ٥٠٨ وخاصة ٥١١ وقرب بند ٤٢٦ ، بلانيول اسمان بند ٥٢٤ الفقرة الأخيرة خاص هامش ٣ ص ٧١٨ ، دالوز براتيك ج ١٠ ص ٣٨٧ بند ٥٢٣ ، فالك المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ٦١١ ، سليمان مرقس ص ١٦١ من مجلة القانون والاقتصاد سنة ٧ ، بلانش روديه ص ٢٢٦ ، مازان ص ٣١ ، ميشيل — النشرة الطبية الشرعية ١٩٣١ ص ٧١٣ ، ساهو ص ٨٥ ، جرافن ص ١٥٥ ، سوردا بند ٦٧٧ مكرر ، جوسران ج ٢ بند ٤٢٧ ، ديمو ج ٦ بند ١٨٠ ، لالو فى دالوز ١٩٣٣ — ٢ — ١١٣ ، لاكاس بند ٧٠ ؟؟ خاصة بند ٧٢ ، بودرى الموجز ج ٢ بند ١٣٤٩ ، لوران ج ٢٠ بند ٤٤٤ ؟؟ ، سوردا ج ١ بند ٦٥٢ ؟؟ ، هوك ج ٨ بند ٤٠٧ ، جارسون تعليقاً =

على أن ما يقوله أنصار التفرقة بين الخطأ العادى والخطأ الفنى لا يخلو من جانب من الصحة إذ لا شك أن العلوم الطبية لم تصل بعد إلى حد الكمال فهى لا زالت مليئة بالاحتمالات بعيدة عن أن تكون مبنية على عناصر ثابتة ومؤكدة كباقى العلوم الأخرى ولكن ثقات الطب قد انعقد اتفاقهم على بعض المسائل الأساسية فى تشخيص الأمراض وفى علاجها . فثمة احتياطات لم تكن مستعملة فى الماضى أصبحت الآن جوهرية فى الجراحة وأصبح الطبيب الذى يغفل اتخاذ الإجراءات المعتادة فى التعقيم يعتبر أنه ارتكب خطأ أكيداً بينما كان إهمالها فى الماضى ليس من شأنه أن يطرح مسئولية الطبيب على بساط البحث إطلاقاً .

فعند ما تخترق القواعد الأساسية المسلم بها فى الفن الطبى يكون الطبيب مسئولا بغض النظر عن جسامة خطئه [١] .

أما إذا كان الخطأ بحيث لا يمكن فصله عن المهنة أو اعتباره خطأ شخصياً من الطبيب بأن كان المبدأ المدعى باغفاله محل نزاع بين التعاليم المختلفة فلا مسئولية على الطبيب [٢] إذ أن إخفاق جهوده يرجع إلى النقص

= على المادتين ٣١٩ ، ٣٢٠ بند ١٨٩ ؟؟ ، أندرية جاك — الاتفاقات المتعلقة بجسم الانسان المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٣ ص ٣٩٣ ، التعليق على نيم ١٨٨٤/٢/٢٩ فى دالوز ١٨٨٤ — ٢ — ١٧٦ ، تعليق Legris فى دالوز ١٩١٤ — ٢ — ٨٥ ، س مصر ١٩٣٦/١/٢ محاماة سنة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ مجموعة رسمية سنة ٣٧ رقم ٩٣ ص ٢٦٠ .

(١) بيروتعليقاً على باريس ١٩١٩/٦/٢٦ سيرى ١٩٢٢ — ٢ — ١١٣ ، R. C. تعليقاً على ريوم ١٩٢٩/٢/٩ جازيت باليه ١٩٢٩ — ١ — ٦٥١ ، مازو بند ٥١٠ ، بلانش روديه ص ٢٢٢ ؟؟ خاصة ٢٢٦ ، الرئيس ميشيل — النشرة الطبية الشرعية ١٩٣١ ص٧١٣ ، ساهو ص ٨٥ ، بيتل ص ٣٩ و ٤٠ وجندى عبد الملك ج ٥ ص ٨٦٢ رقم ٤٠٧ .

(٢) بلانيول اسمان بند ٥٢٥ ، جندى عبد الملك ج ٥ ص ٨٦٢ رقم ٤٠٧ ، راليبه ص ٤٥ و٦٣ ، بلانش روديه ص ٢٢٥ ، مازان ص ٧٤ ، دنيس تعليقاً على نقض ١٩١٩/٧/٢١ فى دالوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ ، حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام بند ٤٤٩ ص ٣١٩ ، محكمة الاتحاد السويسرى ١٨٩٢/٦/١٠ سيرى ١٨٩٢ — ٤ — ٣٨ ، =

في العلوم الطبية وعدم بلوغها بعد حد الكمال فالخطأ هنا كما يقول جوسران أقرب إلى أن يكون خطأ من المهنة لا خطأ من الطبيب [١] وفضلا عن ذلك فليس من اختصاص القاضى أن يفصل فى الخلافات العلمية وليس من شأنه أن يقرر أفضلية طريقة معينة على طريقة أخرى لأن ذلك يعرضه للزلل مما قد يهبط بسمعة القضاء ويحط من هيبته [٢] ولم يكن الأمر كذلك قديماً ، فها هو ذا برلمان باريس بعد أن منع استعمال المقيئات عدل عن حكمه فى سنة ١٦٦٦ لما أن شفى لويس الرابع عشر بهذا النوع من الدواء .

فالمخالفة الواضحة للمبادىء المسلم بها فى الفن الطبي هى وحدها التى يمكن تحرك أن مسئولية الطبيب إذ أن مؤاخذته عن جميع أخطائه ليس معناها أن يؤخذ بالظن أو بالاحتمال فالمسئولية لا تترتب إلا على خطأ ثابت محقق والأحكام تقوم على اليقين لا على الشك والعلم يجب أن يتواضع أمام

= دويه ١٩٣٦/٥/١٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ — ٤٣٦ . قرب هالسبورى ج ٢٣ بند ٨٢٩ ص ٥٧٩ .

ولقد عبر بروادل عن ذلك فى كتابه فى المسئولية الطبية (مذكور فى مارتان الخطأ المهنى خاصة فى المهن الحرة ص ٥٩) حيث قال بمناسبة حادثة تسمم بالفوسفور :

« Prescrire du phosphore me semble dangereux dit-il attendu que ce corps a tendance à s'accumuler dans l'organisme et peut ainsi causer un empoisonnement ; c'est mon opinion de médecin traitant, mais comme médecin expert je n'avais pas à la formuler. Me basant sur ce fait que cette médication, avait été employée à l'étranger par un homme compétent qui affirmait en avoir eu de bons résultats et qui proclamait son innocuité, je n'ai pas hésité à conclure que le médecin n'avait pas commis une faute ».

(١) جوسران دالوز الأسبوعى سنة ١٩٣٩ ص ٣٢ .

(٢) برنارد شميل جازيت المحاكم المختلطة سنة ٢٧ ص ٤ ، بيتل ص ٥٠ و ١٠١ ، فوازينيه ص ١٣١ ، لاكاس بند ٧٢ ص ٥٩ و ٦٠ ، ساڤاتييه فى دالوز ١٩٣٩ — ١ — ٤٩ ، مازان ص ٧٥ و ٢٢٩ ، بومبرول ص ٢٩ ، التعليق على باريس ١٨٩٨/٣/٤ فى سيرى ١٨٩٩ — ٢ — ٩٠ ، كان ٥ يونيه ١٨٤٤ موسوعة دالوز تحت كلمة مسئولية بند ١٢٩ ، بيزانسون ١٩٤٤/١٢/١٨ سيرى ١٨٤٥ — ٢ — ٦٠٢ ، باريس ٣٠ يونيه ١٨٥٣ موسوعة دالوز تحت كلمة مسئولية بند ١٣٠ ، عرائض ١٨٦٢/٧/٢١ سيرى ١٨٦٢ — ١ — ٨١٧ ، دالوز ١٨٦٢ — ١ — ٤١٩ ، سين ١٨٨٩/١/٢٢ جازيت باليه =

الحقائق التي تكشف عنها الأيام [١] ولا جرم أن يعمل حساب لعجز البشر فالفن الطبي لا زال في مهده ولم يكتمل بعد نموه وليس لنا أن نمعن في مطالبة الأطباء بما يخرج عن أيديهم بل علينا أن نقتصر على محاسبتهم على الأصول العلمية الثابتة التي نطق فيها العلم بكلمته الأخيرة .

وعلى ذلك ليست تصح مساءلة الطبيب عن تصرف مسند إليه إذا اختلفت الآراء الفنية في هذا التصرف فأقره بعضها وأنكره بعضها الآخر ، لأن للطبيب فيما يؤيده من آراء ولو كانت قلة شفيع يحول دون

= ١٨٨٩ — ١ — ٣٣٦ ، دالوز ١٨٩١ — ٢ — ٢٨١ هامش (ب) ، هافر ٥ ديسمبر ١٨٨٩ دالوز ١٨٩١ — ٢ — ٢٨١ هامش (١) جازيت باليه ١٨٨٩ — ٢ — ٦٨٠ ، بورجوان ٢٩ أبريل ١٨٩٦ دالوز ١٨٩٦ — ٢ — ٤٠٦ ، دويه ١٥/٤/ ١٨٩٧ سيرى ١٨٩٨ — ٢ — ٧٨ ، سين ٢٢/١٠/١٨٩٧ سيرى ١٨٩٩ — ٢ — ٩٠ ، الجزائر ٩/١١/١٨٩٧ سيرى ١٩٠٩ — ٢ — ٣٢١ ، سين ٥/١/١٩٠١ Jurisel Civ. Resp. méd. prem. fasc. p. 7 ، أميان ١٤/٢/١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧ — ٢ — ٤٤ ، سيرى ١٩٠٩ — ٢ — ٢٢٥ ، مونتبليه ١٥/١٢/١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ — ٥ — ٣١ ، جازيت باليه ١٩١٠ — ١ — ١٨٧ ، بيزانسون ١٦/١٠/ ١٩١٢ جازيت باليه ١٩١٢ — ٢ — ٥٤٢ ، دالوز ١٩١٤ — ٢ — ٨٨ ، سين ٢٣/٢/١٩١٤ جازيت باليه ١٩١٤ — ١٩١٥ — ٢ — ٢٤٢ ، إيفرو ١٦/١١/ ١٩٢٢ جازيت باليه ١٩٢٢ — ٢ — ٢١٨ ، سين ٩ يونيه ١٩٢٣ المحاماة سنة ٤ رقم ٧٥٣ ص ٩٦٧ ، باريس ٢٠ نوفبر سنة ١٩٢٤ جازيت باليه ١٩٢٥ — ١ — ١٦٦ .

وفى القضاء البلجيكى : بروكسيل ٢/١٢/١٨٦٥ بازيكريزى ١٨٦٦ — ٢ — ١٧٥ ، ليبج ٣٠/٧/١٨٩٠ دالوز ٩١ — ٢ — ٢٨١ ، Belg. Jud. 1891—699 ، ليبج ١٢/ ١/١٩٣١ Belg. Jud. ١٩٣١ عمود ١٨٥ .

وفى القضاء المصرى : سم ١٥/٢/١٩١١ B.L.J. ٢٣ — ١٨٣ ، مصر المختلطة ٣٠/ ١٢/١٩١٦ G.M. ٧ ص ٥٧ رقم ١٦٦ ، مصر المختلطة ٢٦/٤/١٩٢٣ G.M. ١٥ ص ٨٨ رقم ١٣٢ ، جنح مصر ٢/٥/١٩٢٧ محاكم عدد ١٤٢٩ سنة ٣٩ حكم رقم ٣٧ مجموعة رسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ ص ٢٠ ، الاسكندرية المختلطة ١٨ مايو سنة ١٩٢٨ G.M. ١٨ ص ٢٤٧ رقم ٣١٥ ، العطارين الجزئية ٩/٤/١٩٢٩ حقوق سنة ٤٤ ص ١٦٩ .

(١) مصطفى بك مرعى بند ٧٢ .

مؤاخذته [١] ، بل إن الطبيب ليعفى من المؤاخذة إذا كان قد عول فى تصرفه على مرجع من المراجع التى يصح التعويل عليها ولو ثبت بعد ذلك أن هذا المرجع كان بعيداً عن الصواب [٢] وتطبيقاً لذلك قضى فى فرنسا ببراءة طبيب من تهمة قتل خطأ منشؤها أن كمية المخدر التى أعطاها لمريضه توطئة لإجراء عملية جراحية له كانت أكثر من القدر الجائز إعطاؤه . وقد استند حكم البراءة إلى أن الطبيب قد رجع فى تحديد كمية المخدر إلى رأى عالم فى الطب أثبت رأيه فى كتاب مطبوع [٣] .

وإذا اشتركت الأعراض الظاهرة على المريض فى عدة أمراض وأمكن أن تختلف وجهات النظر الفنية فى مصدر هذه الأعراض فلا مسئولية على الطبيب إذا أخطأ فى تشخيص المرض [٤] .

هذه المبادىء هى التى قررها النائب العام دوبان فى مرافعته الشهيرة فى قضية توريه نوروى [٥] التى ظلت منذ سنة ١٨٣٥ الدعامة التى بنيت عليها قواعد المسئولية الطبية حيث قال : « وهل يقال أخيراً كما رضى تواضع الأطباء أن يقولوا إن الطب فن ملىء بالاحتمالات وأن مشاهير الطب كثير ما يختلفون فى تشخيص طبيعة المرض وأسبابه والاحتياطات الواجب اتخاذها للوقاية منه وعلاجه وإن أحداً لن يجرؤ على مباشرة علاج أو إجراء عملية إذا جعلناه مسئولا عن نتائجه ولكن من ذا الذى يدور بخلده

---

(١) مصطفى بك مرعى بند ٧٢ ، مازان س ٧٤ ، راليه س ٤٥ و ١٣ ، الاسكندرية ١٩٣٩/٧/٨ فى القضية رقم ٢٢٦ كلى سنة ١٩٣٨ ، والحكم لم ينشر .

(٢) مصطفى مرعى بند ٧٢ دالوز براتيك ج ١٠ س ٣٨٧ بند ٥٢٤ و ٥٢٥ ، بلانيول اسمان بند ٥٢٥ س ٧٢٠ .

(٣) ليون ١٩٠٤/١١/٧ دالوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ .

(٤) دالوز براتيك ج ١٠ س ٣٨٧ بند ٥٣٩ ، بلانيول اسمان بند ٥٢٥ ، س مصر ١٩٢١/٤/١٦ مجموعة رسمية سنة ١٩٢٢ رقم ٥٣ س ٨٤ .

(٥) سيرى ١٨٣٥ — ١ — ٤٠٥ !! ، وبروواردل فى كتابه عن مسئولية الأطباء س ٣٢ .

أن يفرض على الأطباء أو على أى مهنة علمية مثل هذه المسئولية . فنى مثل هذه الحالات ليست العبرة بمعرفة ما إذا كان العلاج مناسباً أو غير مناسب وما إذا كانت العملية ضرورية أو غير ضرورية وما إذا كان هناك تفريط فى المخاطرة بإجرائها وما إذا كان استعمال آلة أو وسيلة أخرى كان من شأنه أن يجعل النجاح أقرب ، فتلك مسائل علمية يناقشها الأطباء ولا يمكن أن تكون محلا للمسئولية المدنية ولا محل بحث فى ساحات القضاء .

ولكن متى كانت الوقائع التى يؤاخذ عليها الطبيب تخرج عن دائرة المسائل التى لا زالت بطبيعتها محلا للشك وميداناً للجدل العلمى ومتى اقترنت بإهمال أو عدم اكتراث وجهل بالأصول التى يجب حتما الإلمام بها فالقاعدة العامة فى المسئولية تأخذ مجراها الطبيعى ويفتتح اختصاص القضاء بشأنها ومتى ثبتت مخالفة هذه الأصول فهناك خطأ من الطبيب يوجب مسئوليته ولا يهم بعد ذلك البحث فى درجة جسامته ؛ إذ القول بقصر مسئولية الطبيب — مع ثبوت خطئه — على دائرة دون أخرى فيه تضحية لمصلحة المريض وإخلال بالثقة المشروعة التى وضعها فى طبيبه .

ويكفينا تدليلا على صحة وجهة نظرنا أن نرجع إلى فكرة الخطأ الجسيم فنمحصها ونبين مدلولها حتى يظهر لنا ما إذا كانت تعبر عن فكرة قانونية محدودة تصلح لبيان مدى المسئولية الطبية كما زعم أنصار التفرقة بين الخطأ العادى والخطأ المهنى أم أنها لا تعدو أن تكون فكرة أخلاقية لا يصح أن يتخذ منها معيار فى دائرة المسئولية .

نرى كثيراً من القضاة والمحامين يصفون الخطأ — عندما تنادى بذلك الظروف — بأنه جسيم ولكن هل هم يفعلون أكثر من الاستجابة لدواعى الشعور ، أم هم يستعملون لفظاً له مدلوله القانونى وله قواعده الخاصة به .

لو أننا رجعنا إلى كتب الفقهاء لوجدناها خلواً من تحليل دقيق لفكرة الخطأ الجسيم التى ظلت فكرة غامضة رغم أنها كانت معروفة منذ عهد

الرومان . ولكن إذا كان بعض الفقهاء قد مال إلى إعطاء أهمية خاصة للخطأ الجسيم فى دائرة المسئولية الطبية فانه يتحتم ابتداء لتقدير مثل هذا الاتجاه أن نعرف الخطأ الجسيم ونحدد دائرته بالنسبة لكل من الخطأ العادى والخطأ العمدى .

النظرية التقليدية :

كان القانون الفرنسى القديم يقسم الخطأ إلى درجات ثلاث : —

خطأ جسيم وهو الذى لا يقع حتى من الشخص المهمل [1] وهو فى تكييفه أقرب ما يكون إلى العمد ويلحق به . وخطأ يسير هو الخطأ الذى لا يقع من الشخص العادى . وخطأ تافه هو الخطأ الذى لا يقع من الشخص الحريص الحازم .

ويبدو أن تعريف درجات الخطأ بهذه الطريقة لا يعدو أن يكون استبدالا لعبارة بلفظ ليست هى أوضح منه دلالة على المعنى المقصود . فليس هناك معيار واضح لتصرف كل من الرجل المهمل والرجل العادى والرجل الحريص بل إن كل واحد من هذه التصرفات فى حاجة إلى التعريف الدقيق [2] لذلك لم يكن هناك مناص من أن يبحث أنصار نظرية الخطأ الجسيم عن تعريفات أخرى تكون أكثر تحديداً للفكرة التى ينادون بها .

نظرية جوسران :

يبدأ جوسران باستبعاد الحالات التى لا تعتبر فى نظره من قبل الخطأ الجسيم فيقول إن دائرة الخطأ الجسيم لا تساوى دائرة الغش فالمخطىء مهما

---

(١) قارن بودرى لاكنتينرى وبارد ج ١ ص ٣٤٩ هامش ٢ وفى الأخذ بالمعيار التقليدى روتساريه ص ٩٥ وفى عرض النظرية التقليدية فوازينيه ص ٤٦٣ ؟؟ .

(٢) راجع فى نبذ هذا التقسيم الثلاثى وانتقاده هالسبورى طبعه ٢ ج ٢٣ بند ٨٢٣ ص ٥٦٩ والمراجع التى يشير اليها .

بلغت جسامة خطئه هو شخص حسن النية لم يتعمد الاضرار بالغير وهو ما يميز الغش أو الخطأ العمدى [١] .

وليس الخطأ الجسيم هو الخطأ مقدراً بمعيار شخصى إذ القول بذلك يؤدى إلى اعتبار أخطاء المدين الذى اعتاد منتهى اليقظة والحرص من قبيل الخطأ الجسيم حتى إذا كانت هذه الأخطاء تافهة فى الواقع [٢] .

كذلك ليس الخطأ الجسيم هو الخطأ الصادر من أرباب المهن فإن الأخطاء المهنية ذاتها منها التافه ومنها الجسيم [٣] .

وأخيراً ليس الخطأ الجسيم هو كل خطأ يكون جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات فهناك أخطاء تافهة يعاقب عليها القانون الجنائى [٤] .

وينتهى جوسران بعد هذه المقدمات إلى محاولة وضع تعريف للخطأ الجسيم . وهو فى ذلك يبدأ بالتعريف الذى اختاره جوستنيان وهو أن الخطأ الجسيم هو الذى ينم عن عدم فهم ما يفهمه كل الناس ، ويقول إن هذا التعريف لا يصح الأخذ به حرفياً إذ من شأنه أن يجعل من الخطأ الجسيم وثيقة جهل وحمق لمن ارتكبه ، وهى فكرة لاتتفق دائماً مع الواقع فمن الجائز أن يكون الانسان كامل العقل واسع الثقافة ، وفى الوقت نفسه مشتت البال أو غاية فى الاهمال .

فعابر السبيل الذى يسير فى طريق مزدحم وهو يقرأ صحيفة قد يكون مثقفاً نجيباً ومع ذلك فهو يرتكب خطأ جسيما . فالذى يميز هذا النوع من الخطأ عن الخطأ العادى هو جسامته ، كما أنه يفترق عن الغش من حيث إنه غير اختيارى .

---

(١) جوسران فى دالوز ١٩٣٣ — ١ — ٥٠ العمود الأول الفقرة ٥

(٢) جوسران فى دالوز ١٩٣٣ — ١ — ٥٠ العمود الأول الفقرة ٦

(٣) جوسران فى دالوز ١٩٣٣ — ١ — ٥٠ العمود الأول الفقرة ٦

(٤) جوسران فى دالوز ١٩٣٣ — ١ — ٥٠ العمود الأول الفقرة الأخيرة .

وبعبارة أدق الخطأ الجسيم هو الذى يبلغ درجة من الفحش بحيث يدل على عدم أهلية من ارتكبه ويبين منه أنه غير كفء للقيام بالواجب المفروض عليه [١] .

وكأنى بك تشعر شعورى بأن المعيار الذى وضعه جوسران لا يقدمنا كثيراً ولا قليلا فى تحديد فكرة الخطأ الجسيم فانه يقرر أن الذى يميز الخطأ الجسيم هو الجسامة التى تنم عن عدم أهلية المسئول للقيام بالتزاماته ولكنه لم يبين لنا متى تكون جسامة الخطأ دالة على عدم أهلية الشخص المسئول ، ولعل جوسران نفسه شعر بما ينطوى عليه المعيار الذى وضعه من غموض فقال إن القاضى فى تحديد درجة الخطأ يستلهم حتما ظروف الدعوى وبعض اعتبارات من أهمها : —

أولا — طبيعة الضرر ومداه فكلما كان الضرر الناشىء عن الخطأ ماساً بمصالح حيوية للانسان كلما سهل اعتباره خطأ جسيما ، وبنوع خاص إذا كان من شأن الضرر المساس بسلامة جسم الانسان . والضرر وهو فكرة مادية يؤثر على الخطأ وإن كان ينطوى على فكرة معنوية غير ملموسة [٢] .

ثانياً — ويسهل اعتبار الخطأ جسيما كلما نشأ عنه إخلال المدين بالتزام علق عليه الدائن أهميه خاصة ، وعلى الأقل إذا كان المدين عالماً بهذا الاعتبار [٣] .

ثالثاً — يجب أن يتشدد مع المدين كلما كان تحت تصرفه من الوسائل الفعالة ما يضمن له حسن تنفيذ العقد . فمثلا يجب أن تكون مسئولية أرباب المهن أشد من الشخص العادى وبهذا القدر فقط يمكن أن نتساهل فى

---

(١) جوسران المرجع السابق ص ٥٠ العمود الثاني .

(٢) جوسران المرجع السابق ص ٥٠ العمود الثاني فقرة ٦ .

(٣) جوسران المرجع السابق ص ٥٠ العمود الثاني فقرة ٧ .

وصف الخطأ المهنى بأنه خطأ جسيم [١] .

وكل هذا ينتهى بنا إلى القول بأن الخطأ يكتسب صفة الجسامة بالقدر الذى يتناسب مع الأخطار التى يتعرض لها الدائن والثقة المشروعة التى وضعها فى مدينه .

لاشك أن الاعتبارات التى بينها جوسران من شأنها أن تبدد الغموض الذى انطوى عليه التعريف الذى قدمه ، ولكن هل يصح الالتجاء لمثل هذه الاعتبارات وهل مما يتفق هو والمبادىء السليمة أن نستند اليها .

الواقع أن قياس درجة الخطأ بحسب طبيعة الضرر وأهميته أمر يأباه المنطق السليم إذ أن أضخم الأضرار قد تنشأ عمداً كما تنشأ باهمال جسيم أو يسير ، بل إن الخطأ الواحد قد ينشأ عنه ضرران تتباين أهميتهما فمثلا الشخص الذى يقود سيارته بسرعة فائقة دون أن ينير سبيله قد يصدم حيواناً أو إنساناً ومع ذلك فالخطأ فى الحالتين واحد . وليس الاعتبار الثانى الذى يشير إليه جوسران سوى صورة من الحالات التى تزيد فيها أهمية الضرر الناشىء عن عدم تنفيذ الالتزام ، فهو بدوره لا يجوز الالتجاء إليه فى تقدير جسامة الخطأ .

أما الاعتبار الأخير الذى يشير إليه جوسران فليس له شأن فى تقدير جسامة الخطأ فاذا صح مثلا أن مسئولية رب المهنة يجب أن تكون أشد من مسئولية الرجل العادى[٢] لأنه أوسع منه دراية وأقدر على تنفيذ التزاماته فليس ذلك راجعاً إلى بحث فى درجة الخطأ ، فالأخطاء جميعاً متكافئة وأى تقصير من جانب المدين يكفى لشغل مسئوليته وإنما الذى دعا إلى

---

(١) جوسران المرجع السابق ص ٥٠ العمود الثانى فقرة ٨ .

(٢) وهو قول لا يمكن أن يصدق على إطلاقه كما سبق أن بينا . قارن رسالة فوازينيه ص ٤٣٨ و ٣٦٣ .

الاختلاف فى مدى مسئوليتهما هو اختلاف طبيعة الالتزامات الواقعة على عاتق كل منهما ومداها .

نظرية اسمان :

يبدأ اسمان باستبعاد أهمية الضرر فى قياس درجة جسامة الخطأ لأن نفس الخطأ قد يحدث دون أن تتغير طبيعته أضراراً متباينة . ثم يعقب على ذلك بأن شدة العقوبة الجنائية لا تصلح بدورها لبيان درجة الخطأ إلا فى الأحوال التى توجد فيها مثل هذه العقوبة ، وحتى فى هذه الأحوال يبقى أن نعرف متى تكون العقوبة الجنائية كافية لاعتبار الخطأ جسيما . وأخيراً هو يستبعد الأهمية الاجتماعية للقاعدة التى حصل الإخلال بها لأن الأهمية الاجتماعية للقاعدة إما أن تقاس بالعقاب على خرقها وهو ما يعيدنا إلى الاعتبار السالف وإما أن تقاس بطريقة أخرى ولن نلبث إذ ذاك أن نصطدم بنفس العقبة التى من أجلها استبعدنا معيار جسامة الضرر إذ من شانه أن تعتبر جميع الأخطاء التى يترتب عليها ضر ماس بسلامة جسم الإنسان مثلا من درجة واحدة . وهو يخلص من هذا بأن المعيار الوحيد الذى يصلح لقياس درجة الخطأ هو معيار أدبى مبنى على تقدير الشخص لاحتمال حصول الضرر من مسلكه ، فالشخص الذى يتعمد حصول الضرر أو الذى يتأكد من أن فعلا معيناً لو وقع منه لأحدث الضرر حتما ثم يقدم على ارتكابه يعتبر قاصداً نتيجة فعله ويعتبر خطؤه عمدياً أما إذا كان الشخص يتوقع فقط حصول الضرر فيأتى الفعل دون أن يقصد حصوله فخطؤه يعتبر جسيما . وأخيراً إذا نظر الشخص إلى الضرر على أنه ممكن فقط ففعله لا يعتبر إلا خطأ يسيراً . والفرق بين الحالتين الأخيرتين أن الشخص المسئول فى الحالة الأولى دون أن يقصد حصول الضرر هو يتقبل وقوعه . أما فى الحالة الثانية فهو لا يتقبل نتيجة فعله بل قد يتمنى عدم حصول الضرر ، فدرجة الخطأ تنحصر إذن فى درجة احتمال حصول الضرر من الفعل ودرجة توقع ذلك

من المسئول فكلما اقترب احتمال حصول الضرر من اليقين زادت جسامة الخطأ وكلما زاد الشك فى احتمال حصول الضرر قلت درجة الخطأ (١).

لاشك أن هذه النظرية خلابة بمظهرها وبما تثيره من بحث فى نفسية الشخص المسئول وبما تبرزه من تواز بين درجة توقع حصول الضرر ودرجة الخطأ ولكن هذا المظهر الخلاب لم نصل إليه فى الواقع إلا على حساب الحقيقة. فان منطق النظرية ينتهى بنا حتما إلى القول بأن الشخص إذا لم يكن يتوقع مطلقاً أن الفعل الذى يحدثه ينشأ عنه الضرر وكان فى ذلك شأنه شان الرجل الحريص اليقظ فلا ينسب إليه خطأ ولو وقع الضرر من فعله .

ولو صح هذا القول لما كان ثمة معنى لنص القانون الذى يلزم الشخص بالتعويض عن الأضرار غير المتوقعة فى بعض الأحوال إذ كيف يكون الشخص مسئولا عنها مع أن الفرض أن ركن الخطأ غير متوافر بالنسبة له وهو ما ينفى المسئولية أصلا ويعدم وجودها . والواقع أن ربط فكرة الخطأ بفكرة الضرر فى ذاته منتقد فكل منهما ركن مستقل فى المسئولية ولايصح أن ينظر الى أحدهما بمنظار الركن الآخر (٢) .

نظرية فوازينيه :

يبدأ فوازينيه بتحديد مركز فكرة الخطأ الجسيم بين الأفكار الأخرى

---

(١) اسمان فى سيرى ١٩٣٣ — ١ — ٢٩٠ § ٢ ، اسمان فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٤ ص ٣١٧ ؟؟ بند ٤ ، ديفلو ص ٧٩ ؟؟ ، وديع فرج بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٠٠ و٤٠١ وفى محاضراته غير المطبوعة التى ألقيت فى قسم الدكتوراه سنة ١٩٤٣ فى المسئولية المهنية ، بلانيول اسمان بند ٥٤٠ .

(٢) راجع مازو بند ١٤٢٦ . وهو يبين أن التوقع ليس شرطاً ضرورياً لتوفر الخطأ . وراجع بهجت بدوى فى أصول الالتزامات بند ٣٠٦ ؟؟ فى وجوب عدم الخلط بين أركان المسئولية .

التى تقترب منها أو تتشابه بها . فيقول إنه لايجوز الخلط بين الخطأ الجسيم والخطأ المريع . لأن الخطأ لايصير جسيما لمجرد أن فاعله قد جنى فائدة من ارتكابه [١] ولا بين الخطأ الجسيم والخطأ المهنى لأن الخطأ المهنى ليس جسيما حتما بل هو على درجات متفاوتة [٢] ثم هو يفرق بين الخطأ الجسيم والخطأ الجنائى [٣] ويقرر أن الخطأ الشخصى الصادر من الموظف ليس هو الخطأ الجسيم بل إن جسامة الخطأ لا تصلح أساساً للتفرقة بين الخطأ الشخصى والخطأ المصلحى [٤] وهو يحدد الرابطة بين فكرة الخطأ الجسيم والخطأ غير المغتفر فى قانون حوادث العمل [٥] وينكر ماذهب اليه البعض من أن الخطأ الجسيم هو الخطأ مقدراً بمعيار شخصى إذ أن ذلك معناه — لو أن المسئول كان ممن اعتاد مستوى مرتفعاً من اليقظة والحرص أن يعتبر من قبيل الخطأ الجسيم أخطاء تافهة فى الواقع [٦] وأخيراً هو يستبعد تشبيه الخطأ الجسيم بالعمد كمبدأ عام وإن أجاز للقاضى أن يتخذ من جسامة الخطأ قرينة على الغش [٧] .

وبعد هذه المقدمات ينتقل فوازينيه إلى تحليل فكرة الخطأ الجسيم ليفرق بينه وبين الخطأ اليسير وهو يتبع فى ذلك طريقة استقرائية جعل عماده فيها الرجوع إلى أحكام المحاكم لاستخلاص العناصر التى تؤثر فى تقدير جسامة الخطأ . والعناصر التى استخلصها فوازينيه هى : —

---

(١) فوازينيه الخطأ الجسيم ص ٣٥٧ !!
(٢) « المرجع السابق ص ٣٦١ !!
(٣) « « ص ٣٧٣ !!
(٤) « « ص ٣٧٩ !!
(٥) « « ص ٣٨٧ !!
(٦) « « ص ٤٠٢ !!
(٧) « « ص ٤٠٥ !!

أولا — درجة احتمال حصول الضرر من الفعل [١] : فالخطأ الجسيم هو ما كان على الفرد أن يتوقع الأضرار الناشئة عنه . ويشير فوازينيه إلى أن هذه الفكرة تأخذ أوضاعا مختلفة لأن القدرة على توقع الضرر قد ينظر إليها من جانب المسئول وقد ينظر اليها من جانب المجنى عليه وتطبيقاً لذلك رفضت محكمة النقض [٢] اعتبار رب العمل مخطئاً خطأ غير مغتفر بتركه السلم من غير درابزين . لا شك أن ترك السلم هكذا ينطوى على رعونة من جانبه ولكن حالة السلم هذه من شأنها أن تنبه العمال إلى الأخطار التى يتعرضون لها وهو ما يخفف من خطأ رب العمل .

ونفس الفكرة قد تطبق بشكل آخر فالخطأ قد يعتبر تافهاً إذا صدر من الشخص لأول مرة فان تكرر حصوله منه عد خطأ جسيما [٣] . مثلا لو أن عدة سرقات حصلت أثناء النقل وتكرر حدوث ذلك أكثر من مرة فان إهمال متولى النقل ، الذى قد يكون فى ذاته خطأ تافها ، يصبح خطأ جسيما إذ كان عليه أن يفهم ما يفهمه كل الناس من احتمال استمرار السرقة فيضاعف من عنايته فى حراسة البضائع المنقولة .

ثانيا — تزداد جسامة الخطأ كلما كان من ارتكبه أقدر بالنظر إلى مؤهلاته الشخصية والوسائل التى يستخدمها على تلافى حدوثه [٤] .

فمثلا الإهمال الذى لا يوصف بأنه من قبيل الخطأ إذا صدر من أحد الأفراد قد يعتبر خطأ جسيما إن ارتكبته وكالة ، وجسامة الخطأ هنا لا ترجع إلى اختلاف فى طبيعته بل إلى اختلاف وسائل المدين فى تنفيذ التزاماته .

---

(١) فوازينيه المرجع السابق ص ٤٣٢ ؟؟ .

(٢) نقض عرائض ٥ مايو سنة ١٩٣٢ مذكور فى فوازينيه المرجع السابق ص ٤٣٤ .

(٣) فوازينيه المرجع السابق ص ٤٣٤ ، روان ١٣ مايو سنة ١٨٤٦ ، باريس ٢٩ يونيه سنة ١٨٤٦ سيرى ١٨٤٧ — ٢ — ٣٥٨ .

(٤) فوازينيه المرجع السابق ص ٤٣٧ فى الآخر ؟؟ . ويشير فوازينيه إلى أن المحاكم استوحت هذه الفكرة فى وصفها الخطأ المهنى بأنه خطأ جسيم .

ثالثا — يسهل اعتبار الخطأ جسيما كلما نشأ عنه إخلال بالتزام علق عليه الدائن أهمية خاصة (١).

ويزعم فوازينيه أن هذه الفكرة من شأنها أن تصحح خطأ شائعاً كادت أن تغم معه الحقيقة . ذلك أنه قيل إن القانون المدنى قد قضى على نظرية تدرج الخطأ وأجاز فقط التدرج فى مدى الالتزامات التى تفرض على المدين . ولكن كيف تغفل الرابطة بين جسامة الخطأ ومدى الالتزام الواقع على عاتق المدين .

الواقع أنه لتحديد درجة الخطأ يجب أن نحدد ابتداء مدى التزام المدين وهو ما يوجب الرجوع إلى إرادة الدائن ومدى العناية التى يتطلبها من مدينه . وهكذا فكلما زادت العناية المطلوبة من المدين سهل اعتبار أى خطأ منه من قبيل الخطأ الجسيم (٢) .

فاذا صدّر شخص بضاعة وتطلب سرعة خاصة فى توصيلها فان تأخير متولى النقل — وهو ما كان يصح اعتباره خطأ عادياً — يعتبر خطأ جسيماً طبقاً لاتفاقية برن .

رابعاً — يوجد خطأ جسيم كلما انتهز المدين فرصة إعفائه من المسئولية لوجود شرط بذلك أو لأن مسئوليته مؤمن عليها فقصر عن العناية التى اعتاد بذلها (٣).

---

(١) فوازينيه المرجع السابق ص ٤٤٠ ؟؟ .

(٢) ويقرر فوازينيه أن هذه الفكرة هى التى تفسر اختلاف مسئولية رب المهنة عن مسئولية الرجل العادى فطبيعى أن يتطلب من رب المهنة أكثر مما يتطلب من الرجل العادى ، المرجع السابق ص ٤٤١ ؟؟ .

(٣) فوازينيه المرجع السابق ص ٤٤٧ ؟؟ ، ليون ١٨٦٣/٦/٢٣ سيرى ١٨٦٣ — ٢ — ٢٣١ ، روان ١٨٨٧/٣/٤ سيرى ١٨٨٧ — ٢ — ١٠٩ ، لاييه فى سيرى ١٨٨٧ — ١ — ٣٧٠ ، Chave-Grin فى سيرى ١٩٢٤ — ٢ — ٩٨ ، روتسائرت Rutsaert ص ٨٧ .

ويرفض فوازينيه نفسه هذا المعيار لأن شرط الإعفاء من المسئولية والتأمين لا يغيران من التزامات المدين وإنما يؤثران فى نتائج عدم التنفيذ فإذا أحل المدين نفسه من بذل العناية المطلوبة منه كان غاشاً .

خامساً — يتأثر القاضى أحياناً فى تقديره لجسامة الخطأ بطبيعة الضرر ومداه [١] .

سادساً — تفرق المحاكم أحياناً بين درجات الخطأ بحسب صفة الشخص المسئول أو الزمان والظروف التى أحاطت بالحادث [٢] .

فكل من يقوم بوظيفة ذات نفع اجتماعى يجب أن تخفف عن عاتقه المسئولية حتى لا يشل نشاطه فتضار المصلحة العامة وهذه الفكرة تبرر قصر مسئولية القضاة على حالة الغش والخطأ الجسيم . وجسامة الخطأ تختلف باختلاف العصور ففى سنة ١٩١٣ كان مجرد الإقدام على إجراء عملية تجميل يعتبر من قبيل الخطأ أما الآن فلشغل مسئولية الجراح لابد من إثبات خطئه [٣] .

وأخيراً تتأثر درجة الخطأ بالظروف التى حصل فيها فما يعتبر من قبيل الخطأ الجسيم فى ظروف عادية قد لا يعتبر الا خطأ تافهاً إذا أحاطت بالشخص ظروف اقتضت منه سرعة لم يستطع معها أن يرعى الحيطة المعتادة .

سابعاً — قد يتساهل القاضى فى تقدير الخطأ إذا كان الالتزام بالمجان . فالالتزام يجب أن يتناسب مع الثمن والخطأ يجب أن يتناسب مع مدى الالتزام [٤] .

---

(١) فوازينيه المرجع السابق ص ٤٤٨ .

(٢) فوازينيه المرجع السابق ص ٤٥١ وما بعدها .

(٣) ولنا عود لدراسة هذه المسألة بالتفصيل .

(٤) فوازينيه المرجع السابق ص ٤٥٥ وما بعدها .

ثامناً — قد يكون الخطأ فى ذاته تافهاً ولكنه إذا اقترن بأخطاء أخرى يصبح جسيماً . مثلا إذا ترك شخص كيساً به جواهر ثمينة فى إحدى عربات السكة الحديد فسرق كان مخطئاً ولكن خطأه يصبح جسيماً إذا كان الكيس من الصغر بحيث كان من السهل على المسافر حمله أنّى ذهب [١].

هذه بوجه عام العناصر التى استخلصها فوازينيه من القضاء والتى رأى أن المحاكم اعتمدت عليها فى تقدير جسامة الخطأ وهو إذ ينتهى من عرضها يشرع فى إعطاء تعريف للخطأ الجسيم مقرراً منذ البداية أن أحكام المحاكم تنم عن تطبيق مزدوج لفكرة الخطأ الجسيم ، فهى تارة تستعمل هذا اللفظ بالمعنى المعروف فى عهد الرومان وتارة تستعمله فى معنى جديد سماه الخطأ الواضح [٢].

الخطأ الجسيم بالمعنى الرومانى :

الخطأ الجسيم فى عرف الرومان هو الإخلال الفاحش بواجب قانونى ويقول أوليان إن الخطأ الجسيم هو القصور عن عناية أقل الناس كفاية وعدم توقع ما يتوقعه الكافة [٣] .

الخطأ الجسيم بالمعنى الحديث أو الخطأ الواضح [٤] :

يقول فوازينيه إن الضرورات العملية أوجدت إلى جانب الخطأ اليسير والخطأ الجسيم بالمعنى الرومانى درجة جديدة من الخطأ هى ما يرى تسميته بالخطأ الواضح .

---

(١) فوازينيه المرجع السابق ص ٤٥٧ ؟؟ ، باريس ٢٤ أغسطس ١٨٥٠ سيرى ١٨٥١ — ٢ — ٦٤٥ ، باريس ٢٧ يناير ١٨٨١ مذكور فى هامش ١٢ ص ١١ فوازينيه ، بو ١٩٢٥/٦/٥ دالوز الأسبوعى ١٩٢٥ — ٦١٧ ، دويه ١٩٢٥/١١/٣٠ دالوز ١٩٢٦ — ٢ — ١٢١ وتعليق Ricol .

(٢) فوازينيه المرجع السابق ص ٤٦٣ الفقرة الثانية .

(٣) » » ص ٤٦٣ ؟؟ .

(٤) » » ص ٤٦٧ ؟؟ .

ولكن الخطأ الجسيم ليس فكرة بل وسيلة ، وسيلة للتقدم ولتحقيق العدالة ومعياراً لعقلية الشعب ، وهو فى جميع صوره وسيلة قضائية للتخفيف من المسئولية .

الخطأ الجسيم وسيلة التقدم ، فالطب فن لاغنى للمجتمع عنه ، لابد من تشجيعه والعمل على تقدمه ، فالقاضى عندما يضيّق من حدود الخطأ الموجب لمسئولية الأطباء يضع نصب عينيه عدم إرهاقهم بمسئولية تكاد تكون محتومة ، مسئولية قد تشل من نشاطهم وتحد من روح الابتكار عندهم بما فى ذلك من عرقلة لتقدم المهنة الطبية . فالخطأ الجسيم فى هذه الحالة ليس بذاته الخطأ اليسير كما ادعى بعض رجال الفقه ولا هو بالخطأ الجسيم بالمعنى التقليدى ولكنه الخطأ الذى يوجبه التقدم .

وفكرة التقدم تدعمها وتزكيها فكرة تحقيق العدالة وتبرز هذه الفكرة بنوع خاص فى تقدير مسئولية المدين بحسب جسامة خطئه . فالخطأ الجسيم هو بارومتر يسجل مستوى التفكير الشعبي وكيفية فهم الناس لمعنى العدالة .

فنى سنة ١٨٠٤ نقل الينا القانون المدنى عقلية الشعب فى ذلك العصر ، فكان الهدف معاملة الفرد كما لو كان وحيداً ، وتبسيط الأحكام إلى أقصى حد . وقد اقتضاهم ذلك وضع قواعد مجردة ، إذ ليست هناك مسئولية نصفية ولا أخطاء متعددة ، بل هناك خطأ وهناك قوة قاهرة ومتى توافر الخطأ والضرر وجب التعويض والتعويض الكامل .

أما الآن فالقواعد المجردة غير مقبولة بل يجب أن ترعى الحقائق فبين الرجل المسئول مسئولية كاملة وغير المسئول هناك أحوال وسطى يسأل فيها الفرد ولكن فى حدود خاصة ، فحل محل التعويض الكامل نظام التعويض المتدرج ولم يعد الخطأ فكرة بعيدة عن القوة القاهرة ، بل إن دائرتيهما أصبحتا متداخلتين ثم إن التفرقة بين الضرر المباشر وغير المباشر اتخذ منها وسيلة لجعل التعويض مناسباً لدرجة الخطأ ، ففردية العقاب فى القانون

الجنائى أصبحت تقابلها فردية المسئولية فى القانون المدنى .

فإلى جانب قواعد القانون المدنى نشأت فى ساحات المحاكم قواعد من شأنها أن تبرز فكرة الخطأ الجسيم وتثبت أركانها بين قواعد المسئولية .

والذى نلاحظه ابتداء أن فوازينيه لم يستطع طوال رسالته القيمة أن يعطينا تعريفاً واضحاً لفكرة الخطأ الجسيم ، بل اقتصر على استقراء الأحكام واستخلاص العناصر التى اعتمدت عليها المحاكم فى تقدير جسامة الخطأ فلما انتقل إلى محاولة إعطاء تعريف للخطأ الجسيم اكتفى بأن قرر بأنه حقيقة يمكن إدراكها وتأكيدها أكثر مما يستطاع تعريفها (١) .

أما المعايير التى استخلصها ففضلا عن أن أياً منها لا يصلح وحده لتحديد فكرة الخطأ الجسيم كما أقر بذلك فوازينيه نفسه (٢) فإنها جميعاً عرضة للنقد ولا تصلح فى نظرنا أساساً للتفرقة بين درجات مختلفة من الخطأ . فإذا طرحنا جانباً المعيار الرابع الذى رفضه فوازينيه نفسه وبقية المعايير التى قدمها جوسران وإسمان والتى أبنا فيما سبق أوجه النقد فيها ، فإنا نرى أن قياس درجة الخطأ بحسب الأهمية التى علقها الدائن على تنفيذ الالتزام أمر معيب من الناحية المنطقية ، إذ كيف يعلق الحكم على سلوك المدين على أمر متعلق بقصد الدائن . وحتى إذا افترضنا أن قصد الدائن كان محل اعتبار عند التعاقد فإنه يبقى أن هذا المعيار مبنى على الخلط بين مدى الالتزام ودرجة الخطأ . نعم إن الالتزام قد يختلف مداه ولكن هذا لا يقتضى حتما تفاوتا فى قياس درجة الخطأ .

والمعيار السابع بدوره مبنى على الخلط بين مدى الالتزام ودرجة الخطأ فمن يلتزم بالمجان قد لا يقصد نفس مستوى العناية التى يقصدها لو كان يتقاضى أجراً على التزامه ، ولكن متى تحدد مستوى العناية التى يطالب بها فإن أى

---

(١) فوازينيه المرجع السابق ص ٤٦٢ فى الآخر .

(٢) فوازينيه المرجع السابق ص ٤٥٨ فى الآخر وص ٤٥٩ .

قصور عن هذه العناية يعتبر من قبل الخطأ ولا يهم البحث فى مدى التزامه إلا من حيث معرفة الوقت الذى يعتبر فيه سلوكه منطوياً على ركن الخطأ .

أما المعيار السادس فليس فى الواقع معياراً لقياس جسامة الخطأ ، بل ظرفاً يوجب التفاوت فى مدى المسئولية الواقعة على عاتق من تسبب فى حصول الضرر للغير .

وأخيراً فإن القول بأن الخطأ التافه يصبح جسيما إذا اقترن بأخطاء أخرى قول عجيب حقاً إذ لايفهم منطقاً كيف أن درجة الخطأ تتغير باقترانه بأخطاء أخرى . وفضلا عن ذلك فإن الأخذ بهذا المعيار وحده معناه أن الخطأ لايمكن أن يكون جسيما لذاته ولأمر راجع إلى كنهه بل لاعتبار خارجى هو أن سلوك المدين ينطوى على سلسلة من الأخطاء تكون فى مجموعها ما راق للمحاكم أن تسميه الخطأ الجسيم .

والآن وقد تبين لنا أن جميع الجهود التى بذلت فى سبيل تحديد فكرة الخطأ الجسيم لم تصل بنا إلى الغاية المنشودة لا يسعنا إلا أن نؤيد لابيه [١] فيما قرره من أن فكرة الخطأ الجسيم هى فكرة شاردة لاتقبل أى تعريف بل إنا نذهب مع تالير [٢] إلى القول بوجوب استبعادها أصلا من دائرة

---

(١) لابيه فى سيرى ١٨٧٦ — ١ — ٣٣٧ . ويقول المستشار بابينيه Babinet فى تقرير قدمه إلى محكمة النقض إن عبارة الخطأ الجسيم لا تعبر عن فكرة واضحة وهو ما يفسر اختلاف وجهات النظر فى تقدير نظرية تدرج الخطأ (عرائض ١٨ أبريل سنة ١٨٨٢ ، سيرى ١٨٨٢ — ١ — ٢٤٥) . راجع أيضا فى بيان ما تنطوى عليه فكرة الخطأ الجسيم من غموض Robin فى رسالته : De La responsabilité notamment au point de vue de la clause de non garantie et du fardeau de la preuve, thèse, Paris 1887. p. 155.

وريبير — القاعدة الخلقية ص ٢٨٦ .

(٢) تالير نشرة القانون التجارى ج ١ ص ٢٥٦ الفقرة الأخيرة من الصفحة . راجع نفس الرأى فى Boutaud — Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance de la responsabilité des fautes, p. 14.

البحث القانونى . ففكرة تدرج الخطأ هى فكرة أخلاقية بحتة . أما من حيث القانون فالخطأ لا تختلف درجاته [١] وإنما الذى يختلف هو مدى الالتزامات التى تقع على عاتق المدين ، وإن كل إخلال بتنفيذ الالتزام يعد من قبيل الخطأ مهما كان التقصير تافهاً إذ الوفاء الناقص لا يعد وفاء بصرف النظر عن مقدار النقص .

وتزداد وجهة نظرنا وضوحاً إن نحن رجعنا إلى فكرة تقسيم الالتزامات إلى التزامات بنتيجة والتزامات بوسيلة . ففى النوع الأول يعتبر المدين مخطئاً طالما أنه لم يصل بالتزامه إلى النتيجة المنشودة وليس على القاضى أن يبحث فى سلوكه ، فالبحث فى تدرج الخطأ أمر تأباه طبيعة الالتزام الواقع على عاتق المدين [٢] .

وكذلك الحال فى الالتزامات بوسيلة نظرية تدرج الخطأ فيها مرفوضة أيضاً . نعم قيل إن الفقرة الأخيرة من المادة ١١٣٧ أقرت هذه النظرية ، ولكن الفقه الحديث [٣] يرى أن هذه المادة خاصة بتحديد مدى التزامات المدين لا درجة الخطأ الموجبة لمسئوليته . فمتى تحدد أن المدين عليه أن يبذل عناية رب الأسرة مثلا فإنه لا يعتبر مخطئاً إلا إذا هو لم يبذل هذه العناية ولا يتصور

---

(١) مازو ج ١ بند ٤٢٦ و ٦٨١ ؟! ، ساهو ٨٥ ، Bru المسئولية المدنية للأطباء ص ٢٥ ، بلانيول ج ٢ بند ٨٨٤ وفى دالوز ١٨٩٦ — ٢ — ٤٥٧ ، جرانمولان ص ٤٩ ؟! « Nature delictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles » ، لارومبيير م ١١٣٧ بند ١٥ ، كولان وكابيتان ج ٢ ص ٨ ، تيسير ص ٥٢ من رسالته « Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité ».

قارن جوسران دالوز الأسبوعى ص ٢٩ ؟! . وقارن أيضاً المواد ٢٣٧ و٢٨٨ و٢٩٥ و٢٩٩ و٣٠٣ و٣٠٩ من مشروع تنقيح القانون المدنى ففيها إشارة إلى فكرة الخطأ الجسيم ولم تتعرض المذكرة الإيضاحية لتحديد هذه الفكرة .

(٢) مازو بند ٦٨١ .

(٣) مازو بند ٦٨٥ .

قارن فوازينيه ص ٤٤١ و٤٨٠ وهو يقرر أن هناك رابطة وثيقة بين مدى الالتزام ودرجة الخطأ .

تدرج في الخطأ المنسوب اليه،اذ أن تقصيره يمكن تحليله على انه عدم وفاء بالالتزام الواقع على عاتقه .

ولكن متى تبين أن نظرية تدرج الخطأ فى ذاتها مرفوضة وأن فكرة الخطأ الجسيم غير ملموسة بل غير مقبولة فانه يصير من غير المستساغ أن نجعل منها مناط المسئولية الطبية ولو كان ذلك فى دائرة الخطأ المهنى فحسب .

وهنا تعرض مشكلة لا يصح التغافل عنها ؛ ذلك أن عقد العلاج قد يكون بأجر كما قد يكون بالمجان [1] ، فهل تكون المسئولية واحدة فى الحالتين .

كان القانون الفرنسى القديم يفرق بين ثلاثة انواع من العقود [2] : عقود لمصلحة المدين وحده كالعارية ، وفيها يسأل المدين حتى عن تقصيره التافه ، وعقود لمصلحة الدائن وحده كالوديعة ، وفيها لا يسأل المدين الا عن تقصيره الجسيم ، وعقود لمصلحة الطرفين وفيها يسأل المدين عن تقصيره اليسير .

ولو اننا طبقنا هذا التقسيم على عقد العلاج المجانى لقلنا إن الطبيب لا يسأل فيه الا عن تقصيره الجسيم . ولكن هذا التقسيم فى القانون الفرنسى القديم كان موضع نقد شديد ، حتى أن الشارع الفرنسى فى قانون نابليون لم يأخذ به [3] . نعم إن المادة ١١٣٧ ، بعد أن أخذت بمقياس رب الاسرة سواء أكان العقد لمصلحة أحد الطرفين أو كليهما ، عادت فى فقرتها الثانية فقضت بأن الالتزام قد يختلف باختلاف العقود ؛ ولكن ليس فى ذلك عود لنظرية تدرج الخطأ . فالفقه الحديث

---

(١) نقض ١٨ / ١ / ١٩٣٨ ، جازيت باليه ١٩٣٨ — ١ — ٣١٤ . وراجع ماسبق أن قلناه فى وجود رابطة عقدية فى حالة العلاج بالمجان .

(٢) مازو بند ٦٨٢ — كولان وكابيتان ج ٢ بند ٧٦ — حشمت ابو ستيت ، نظرية الالتزام بند ٢٦٢ .

(٣) بلانيول ج ٢ بند ٢٣٧ — مازو بند ٦٨٣ — حشمت أبو ستيت فى نفس الموضع — جوسران ج ٢ بند ٦١٢ .

قارن فوازنيه ص ٤٤١ ، ٤٧٩ .

قد أظهر أن هذه المادة خاصة بتحديد محتويات الالتزام العقدى لا تحديد درجة الخطأ المطلوبة لشغل المسئولية [١] .

واذا كان من اللازم أن نفرق بين مدى الالتزام ودرجة الخطأ وأن نقر بأن هذه الاخيرة واحدة فى جوهرها ، فان القول بقصر مسئولية الطبيب المتبرع بالعلاج على حالة الخطأ الجسيم ، يكون قولا لا معنى له . ولكن ذلك لا يقتضينا أن نقول ان مسئولية الطبيب واحدة سواء أكان متبرعا بالعلاج أم مأجوراً عليه ، فلقد أبنا أنه تجب التفرقة بين مدى الالتزام ودرجة الخطأ ، وأنه اذا كانت درجة الخطأ فى جميع الأحوال واحدة ، فان مدى الالتزام يتأثر حتما بما تتجه اليه الارادة المشتركة ولا يمكن فى حالة عقد العلاج بالمجان أن تخفف المسئولية استناداً إلى أن الإرادة المشتركة قد اتجهت الى الحد من مستوى العناية التى يلزم الطبيب ببذلها .

ولو أن المسألة مرجعها الى القواعد العامة لاستطعنا أن نجارى سافاتييه [٢] فيما ذهب اليه من أن من يقدم خدمة مجانية لا يقصد أن يلتزم بنفس مستوى العناية التى كان يبذلها لو كان يتقاضى أجراً على عمله . ومن جهة أخرى ، مفهوم أن الشخص الذى يتقبل هذه الخدمة المجانية لا يدور بخلده أن يتطلب من العناية فى بذل هذه الخدمة ما كان يتطلبه لو كان يدفع ثمنا عنها . فمن الطبيعى أن تفسيرا دقيقا للارادة المشتركة ينتهى بنا الى اعتبار مسئولية المتبرع أخف من مسئولية الشخص المأجور [٣] . ولكن هنا أيضا تبرز الناحية المهنية فى مسئولية الطبيب ؛ ذلك أن التزاماته لا يرجع فى

---

(١) مازو بند ٦٨٥ — وديع فرج ، اتفاقات الاعفاء من المسئولية (محاضراته غير المطبوعة فى قسم الدكتوراه سنة ١٩٤١) — جرانمولان المرجع السابق ص ٥٠ — بلا نيول فى دالوز ١٨٩٦ — ٢ — ٤٥٧ ؛ كولان وكابيتان ج ٢ ص ٨ — تيسيير المرجع السابق ص ٥٢ جوسران ج ٢ بند ٢٩٨ .

(٢) سافاتييه بند ١٢٣ ، ١٢٤ .

(٣) يقول إسمان (فى سيرى ١٩٢٩ — ١ — ٢٤٩) ، إن فكرة التبرع بالخدمة لابد أن يقابلها تخفيف فى المسئولية ، وهو مبدأ إن كان القانون قد طبقه فى الدائرة العقدية فهو فى الواقع مبدأ عام شامل لجميع أحوال المسئولية .

راجع أيضاً فوازنيه المرجع السابق ص ١١١ ، وقارن فيما يتعلق بمسئولية الناقل بالمجان ، إسمان فى سيرى ١٩٢٦ — ١ — ٢٤٩ ، وفى بلانيول ج ٦ ص ٨٤٩ وفى سيري ١٩٣٣ — ١ — ٢٨٩ عمود ٢ فقرة أخيرة . مصطفى مرعى بند ٦٨ ، ٦٩ — ريكول فى دالوز ١٩٢٦ — ٢ — ١٢١ .

تحديدها الى الارادة المشتركة بل الى القواعد المهنية ، يستوى فى ذلك أن يكون الطبيب مأجوراً أو متبرعاً أو مجاملاً [١] .

نعم ان الارادة المشتركة لها بعض الاثر — على نحو ما رأينا فى تحديد مستوى العناية التى تجب على الطبيب فى القيام بهذه الالتزامات ولكن هذا الاثر محدود بمراعاة بعض عوامل لها صلة وثقى بعمل الطبيب وكفايته فى مهنته ، وعلى ذلك فليس من حق المريض أن يتقبل من الطبيب عناية دون التى اعتاد بذلها ، إذ الواجب على الطبيب أن يبذل كل ما فى طاقته قصد الوصول بالعلاج الى خير النتائج [٢] .

والقول بما قاله بعض الفقهاء بالنسبة للنقل المجانى [٣] ، من أنه اذا كانت التزامات الطبيب واحدة فى جميع الأحوال ، فانه من العدل أن نفترض أن المريض بقبوله العلاج يكون قد قبل تبعة الاخطار التى تلازم التطبيب والتى تترتب على الخطأ التافه من الطبيب — هذا القول معناه قانونا أن المريض قد قبل مقدما اعفاء الطبيب من المسئولية عن خطئه ، وهذا القول المسند للمريض مختلق عليه لأنه لايمكن أن يقصد

---

(١) راجع فى بحث أعمال المجاملة: Perreau, Courtoisie, complaisance et usages: Revue trimestrielle 1914, p. 481.

(٢) وهذا هو حكم القانون الانجليزى Hulsbury's Laws of England, vol. 23, p. 586 حيث جاء ما يأتى ، بند ٨٣٧ : "Where a person skilled in a particular matter gratiously undertakes to do something involving the exercise of skill, he must do it to the best of his skill, which must be such reasonably be expected to possess."

(٣) Lefevre : De la responsabilité civile en cas de transport gratuit. Thése 1927, p. 106. Chatillon : Le transport gratuit des personnes en automobile Thése P.47 . Vié : De la responsabilité du transporteur bénévole. Thése. p. 206.

Demogue : Revue Trimestrielle 1926, p. 1042, Revue Trimestrielle 1933 p. 82. Esmein : S. 1929—1—149 in fine

تير ، ١٥/١/١٩٢٥ دالوز الاسبوعى ١٩٢٥ — ٢٠٤ ؛ باريس ٩/٥/١٩٢٥ دالوز ١٩٢٦ — ٢ — ١٢١ ؛ عرائض ٩/٦/١٩٢٨ دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٥٣ ؛ دويه ٣٠/١١/١٩٢٥ دالوز ١٩٢٦ — ٢ — ١٢١ .

بمجرد قبول العلاج أن يتخلى عن حقه فى مساءلة الطبيب عن أخطائه ولا يمكن أن يفترض أنه قبل تعريض حياته لخطر اهمال الطبيب لمجرد أنه أعفاه من دفع الأجر. وفضلا عن ذلك، فأن هذا القبول نفسه، على فرض التسليم به، لا يقره القانون ولا يلتزم به المريض، لأن الاخطاء الطبية فى مجموعها تمس سلامة الاشخاص أو اعتبارهم، الامر الذى لا يصح أن يكون محلا للتعاقد[١].

ويتضح مما تقدم، أن التزامات الطبيب واحدة سواء أكان عقد العلاج بأجر أم بغير أجر، ومسئوليته واحدة فى الحالتين[٢].

من كل ماتقدم يبين أن المسئولية الطبية لاتختلف عن المسئولية العادية من حيث درجة الخطأ المتطلبة لقيامها، وانما تختلف عنها بسبب طبيعة التزامات الطبيب ومداها[٣]. ومع أننا سنتكلم فى طبيعة الالتزامات الطبية ومداها فى القسم الثانى من الرسالة، الا أنه يكفينا الآن أن نلاحظ أن هذه الالتزامات تتحدد بحالة العلم والقواعد المعترف بها فى الفن الطبى؛ ولما كانت العلوم الطبية والفن الطبى فى تغير مستمر نتيجة كل تقدم علمى وفنى، ولما كان الكثير من نواحى تلك العلوم والفنون لايزال يحيطه الغموض ويثار من حوله الجدل، ولما كان أفراد المهنة الواحدة غير مطالبين بأن يعرفوا عنها أو يتقنوا منها الا بقدر ما يعرف أو

---

(١) راجع فى انتقاد الفكرة بالنسبة لعقد النقل المجانى، جوسران - دالوز الاسبوعى ١٩٢٦ — ٢١، جوسران دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٣٧، ربير، دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٤٥، جينى فى سيرى ١٩٢٨ — ١ — ٣٥٣، بلانيول واسمان ج ٦ بند ٦٢٢ هامش ٤؛ نقض ٣ يناير ٩٣٣، دالوز الاسبوعى ١٩٣٣ — ١١٣؛ نقض ٢١ مارس ١٩٣٣، دالوز الاسبوعى ١٩٣٣ — ٣٠١.

(٢) قارن حكم استئناف اكس ٢٢ / ١٠ / ١٩٠٦، والحكم الابتدائى من محكمة يس المدنية فى ٢٣ / ٦ / ١٩٠٥ (دالوز ١٩٠٧ — ٢ — ٤١) إذ قررا أن تبرع الطبيب ببذل خدماته من شأنه أن يخفف من مدى مسئوليته. ويصف مازو (بند ٥١٢) حكم محكمة إكس بأنه خروج أكيد على القواعد القانونية.

(٣) وديع فرج، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٠٥.

يتقن نظراؤهم فى تلك المهنة ، لذلك وجب على القاضى أن يراعى كل هذه الاعتبارات قبل أن يسند أى خطأ للطبيب [1].

ولا شك أن هذا الاعتبار يخفف من مسئولية الأطباء وهو ما قد يثير الدهشة فى عهد تسير المسئولية فيه نحو توفير أكبر ضمان ممكن للمضرور للوصول إلى التعويض . ولئن كان هذا الاتجاه قد اقترن باتساع فى نطاق نظرية تحمل التبعة التى تتجاوز عن البحث فى سلوك المسئول ، وما انطوى عليه من رعونة أو تقصير ، فكيف يمكن التوفيق بينه وبين حال المسئولية الطبية وما بنيت عليه من تضييق فى فهم معنى الخطأ الذى يمكن نسبته الى الطبيب .

ولكن شيئا من النظر الدقيق يبين ألا تناقض بين الاتجاهين ، فالمسئولية منذ نصف قرن مافتئت تتذبذب بين قطبين أحدهما مادى ، مبنى على فكرة تحمل التبعة والآخر شخصى مرجعه الى فكرة الخطأ . على أن اتساع نطاق المسئولية المادية لم يحصل كما قد يظن لأول وهلة على حساب الفكرة الشخصية القديمة التى اتسع نطاقها هى الأخرى بما أصبح لنظرية اساءة استعمال الحق من أهمية فى التطبيق القانونى [2]. انما الحقيقة الملموسة التى ستظل عنوانا لاتجاه المسئولية هى أن صفحة جديدة افتتحت بظهور المسئولية الفنية [3] ، أو بتعبير أدق المسئوليات الفنية التى دفعت بقواعد المسئولية عموماً فى اتجاهات مختلفة بل ومتباينة. فتارة هى تنادى بالأخذ بنظرية التبعة لحماية الجمهور من نشاط خطر تعود الفائدة الأولى منه على أرباب المهن ، وتارة هى تنادى بالأخذ بنظرية الخطأ محورة بالطريقة التى تلائم طبيعة الالتزامات الخاصة المفروضة على أرباب المهن والتى تحقق التوازن بين المصالح المختلفة للوصول إلى الطمأنينة الواجبة والانسجام المنشود طبقاً للغاية التى أرادها الله للانسانية .

---

(١) وديع فرج ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٠٤ – ٤١٦ .

(٢) جوسران ، دالوز الأسبوعى ١٩٣٩ ص ٣٣٣ .

(٣) جوسران ، دالوز الأسبوعى ١٩٣٩ القسم [illegible]

ونخلص اذن بأنه متى أخل الطبيب بأحـد الالتزامات الخاصة التى تفرضها عليه مهنته عـد مسئولا ؛ وليس هناك محل للبحث فى جسامة خطئه [1] . حقيقة إن لغـة الأحكام لاتخلو من الاشارة إلى فـكرة الخطأ الجسيم [2] ؛ ولـكنها إذ

(١) دوندـودى فابر ، النشرة الطبية الشرعية ١٩٣١ ص ٤٧٦ قارن القللى : تعليقات على الأحكام فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ٢ ص ٣٢٧ .

(٢) بيزانسون ١٨ / ١٢ / ١٨٤٤ سيرى ١٨٤٥ — ٢ — ٦٠٢ ؛ كولمار ١٠/٧/١٨٥٠ داللوز ١٨٥٢ — ٢ — ١٩٦ ؛ متز ٢١ / ٥ / ١٨٦٧ داللوز ٦٧ — ٢ — ١١٠ ، سيرى ٦٨ — ٢ — ١٠٦ ؛ جراى ٢٩ / ٧ / ١٨٧٣ داللوز ٧٤ — ٥ — ٤٣٦ ، سيرى ٧٤ — ٢ — ٥٨ ؛ نيم ٢٦ / ٢ / ١٨٨٤ داللوز ٨٤ — ٢ — ١٧٦ ، سيرى ١٨٨٦ — ٢ — ١٥٦ ؛ سانت اتيين ٢٤ / ١١ / ١٨٩٢ داللوز ١٨٩٥ — ٢ — ١٩٩ ؛ الجزائر ١٧ / ٣ / ١٨٩٤ داللوز ٩٥ — ٢ — ٦٩ ، سيرى ٩٥ — ٢ — ٢٣٧ ؛ بورجوان ٢٩ / ١ / ١٨٩٦ داللوز ١٨٩٦ — ٢ — ٤٠٦ ؛ باريس ٤ / ٣ / ١٨٩٨ داللوز ٩٨ — ٢ — ٤٤٩ ، سيرى ٩٩ — ٢ — ٩٠ ؛ إكس ٢٢ / ١٠ / ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٧ — ٢ — ٤١ ؛ سين ٢ / ٧ / ١٩٠٧ داللوز ١٩١٢ — ٢ — ٣٥٦ ، سيرى ١٩١٠ — ٢ — ١٥٣ — مونبلييه ١٥ / ١٢ / ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ — ٥ — ٣١ ، G.P. ١٩١٠ — ١ — ١٨٧ ، سين ٢٩ / ٣ / ١٩١١ جازيت باليه ١٩١١ — ٢ — ٣٩ ؛ نيم ٣ / ٧ / ١٩١١ داللوز ١٩١٤ — ٢ — ٨٥ ، سيرى ١٣ — ٢ — ١٧٧ ؛ . مانت ٢٦ / ١ / ١٩١٢ جازيت باليه ١٩١٢ — ١ — ٣٢٨ ؛ نانسى ١٨ / ٦ / ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ — ٢ — ٢٣٦ ؛ بيزانسون ١٦ / ١٠ / ١٩١٢ داللوز ١٩١٤ — ٢ — ٨٨ ، G. P. ١٩١٢ ٢ — ٥٤٢ ؛ باريس ٢٢/١/١٩١٣ داللوز ١٩١٩ — ٢ — ٧٣ ، سيرى ١٩١٨ — ٢ — ٩٧ ، باريس ١٤/٦/١٩١٣ ، جازيت باليه ١٩١٣ — ٢ — ١٣٠ ، سين ٢٣/٢/١٩١٤ جازيت باليه ١٩١٤ — ٢ — ٢٤٢ ، سين ١٤/١٢/١٩٢٠ داللوز ١٩٢١ — ٢ — ٢٧ ، مرسيليا ٢٦/٤/١٩٢١ G. P. ١٩٢١ — ٢ — ١٦٢ ، أوران ٢٠/١٠/١٩٢١ جازيت باليه ١٩٢١ — ٢ — ٥٨١ ، داللوز ١٩٢٢ — ٥ — ١٥ ، باريس ٢٠/١١/١٩٢٤ G. P. ١٩٢٥ — ١ — ١٦٦ ، باريس ١٢/٣/١٩٣١ جازيت باليه ١٩٣١ — ١ — ٥٩٠ ، سيرى ٣١ — ٢ — ١٢٩ ، داللوز ٣١ — ٢ — ١٤١ ، داللوز الاسبوعى ١٩٣١ — ٢٥٩ .

وفى القضاء البلجيكى : ليبج ٣٠/٧/١٨٩٠ داللوز ١٨٩١ — ٢ — ١٨١ ، سيرى ١٨٩٥ — ٢ — ٢٣٧ ، بلجيكا القضائية ١٨٩١ — ٦٩٩

وفى القضاء المصرى : الخليفة الجزئية ١٣/١/١٩٢٧ حقوق سنة ٤٤ رقم ٥٠ ص ٣٣٧ ، جنح مصر المستأنفة ٢/٥/١٩٢٧ المجموعة الرسميـة رقم ١١ سنة ١٩٢٨ ص ٢٠ ، حقوق سنة ٤٤ رقم ٥٠ ص ٣٣٧ ، العطارين ٩/٤/١٩٢٩ حقوق سنة ٤٤ ص ١٦٩ ، الاسكندرية ٨/٧/١٩٣٩ القضية رقم ٢٢٦ كلى سنة ١٩٣٨ والحكم لم ينشر .

وراجع السنهورى وبهجت بدوى ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ٢ القسم الأوربى ص ٢١٦ .

استعملت هذا التعبير لم تقصد بحث فكرة تدرج الخطأ لاعفاء الطبيب من المسئولية عن الخطأ التافه بل قصدت أن يكون الخطأ المنسوب اليه واضحاً [(١)] ، بحيث لا يتطلب من المحاكم تقدير النظريات العلمية والمفاضلة بينها [(٢)] .

---

(١) faute caractérisée

(٢) راجع فى حل كلة الخطأ الجسيم على المعنى الذى تقول به : لاكاس بند ٦٩ ، ديفلو ص٩٣ مازان ص ٢٢٩ ، بيرو تعليقاً على ليون ١٧ نوفبر ١٩٠٤ سيرى ١٩٠٧ — ٢ — ٢٣٣ ، دنيس فى دالوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ ، بيتسل ص ٣٩ ، ٤٠ ، فوازينيه ص ١٣١ ، ١٤٣ ، ٢٥٩ ، ٢٦٠ .

قرب : بيدان العقود والالتزامات ج ٤ بند ١١٨٧ .

وتبين هذه الفكرة بجلاء من مراجعة حيثيات الأحكام التى تضمنت إشارة إلى فكرة الخطأ الجسيم.

أنظر مثلا حكم محكمة السين فى ١٩٠١/١/٥ (باندكت ١٩٠٢ — ٢ — ٢١٦) فانها جعلت مناط مسئولية الطبيب الخطأ الجسيم الذى يدل على إهمال أو عدم خبرة ظاهرة . وحكم محكمة باريس فى ١٩١٩/٦/٢٦ (سيرى ١٩٢٢ — ٢ — ١١٣ ودالوز ١٩١٩ — ٢ — ٧٣) فانها وصفت الخطأ الصادر من طبيب الأسنان تارة بأنه جسيم وتارة بأنه مؤكد مما يدل على أن التعبيرين فى نظر المحكمة مترادفان .

وحكم محكمة السين فى ١٩٢٣/٦/٩ (محاماة السنة الرابعة رقم ٧٥٣ ص ٩٦٧) فانها اعتبرت الطبيب مسئولا إذا ثبت أن الضرر الذى أصاب المريض كان نتيجة خطئه خطأ جسيما أو اهماله اهمالا فاحشا أو نتيجة عدم احتياطه وتحرزه أو جهله بالأصول والقواعد التى يتعين على كل طبيب الالمام بها حتما . وظاهر أن الحكم ان لم يكن قد سوى بين الخطأ الجسيم وعدم الاحتياط والجهل بالاصول الفنية فهو على الاقل لم يقصر مسئولية الطبيب على حالة الخطأ الجسيم وحدها (ونفس الفكرة نجدها فى حكم محكمة جراي الصادر فى ١٨٧٣/٧/٢٩ سيرى ١٨٧٤ — ٢ — ٥٨ ودالوز ٧٤ — ٥ — ٤٣٦) .

وحكم محكمة اسباليون المدنية فى ١٩٣٢/١٠/١٠ (دالوز الاسبوعى ١٩٣٢ — ٥٩٧) فانها بعد أن قررت أن الطبيب لا يكون مسئولا إلا عن خطئه الجسيم بينت أن اشتراط الخطأ الجسيم ليس معناه الخروج بالمسئولية الطبية على مقتضى القواعد العامة بل فقط إلزام المحاكم مراعاة الحيطة والحذر حتى لا تحكم على الطبيب بالمسئولية إلا عن الخطأ الواضح .

وراجع فيما يتعلق بالأحكام المصرية حكم محكمة سوهاج فى ١٩٤٣/٢/١٠ فى القضية ٢٧٠ سنة ١٩٤٢ كلى إذ قرر : « أن الرأى المأخوذ به قضاء فى مسئولية الأطباء هو مؤاخذتهم عن الأخطاء الجسيمة أى التى لا يختلف فيها طبيب . »

وحكم محكمة الاسكندرية فى ١٩٣٩/٧/٨ فى القضية رقم ٢٢٦ سنة ١٩٣٨ كلى ، فبعد أن قررت المحكمة أن أساس مسئولية الطبيب هو الخطأ الجسيم ، قالت إن الرأى المعول عليه فى =

فالتعبير الذى استعملته المحاكم تعبير غير سليم [1] عن فكرة صحيحة ، ولقد رأينا ، أن مسئولية الطبيب عن جميع أخطائه ليس معناها أن يؤخذ بالظن أو بالاحتمال ، فالمسئولية لاتترتب إلا على خطأ ثابت محقق ، ولكن التزامات الطبيب تحددها الأصول العلمية الثابتة . فما لم يكن هناك إغفال لأحد المبادئ المسلم بها فى الفن الطبى ، فلا يكون الطبيب مسئولا ، لا لأن خطأه تافه بل لأنه لم يرتكب خطأ ما .

ولعل الخطأ الذى انطوى عليه تعبير المحاكم يرجع إلى القصور فى فهم حقيقة الخطأ الطبى ، فالطبيب قد يخطىء فى تشخيص المرض أو وصف العلاج ، ولكن

= الخطأ الفنى أن الطبيب لايسأل إذا أجرى عملية ليس لها أساس علمى ثابت ولو ضعيف ، وهكذا فان المحكمة سوت بين الخطأ الجسيم ومخالفة الأصول العلمية الثابتة .

ويضيق بنا المقام لو أننا أردنا استعراض جميع الأحكام التى أشارت إلى فكرة الخطأ الجسيم . على أننا نستطيع أن نقول بغير حرج إن قليلا من النظر فى حيثيات هذه الأحكام يبرز لنا بجلاء صحة الرأى الذى أثبتناه فى المتن .

راجع على وجه الخصوص : بيزانسون ١٨/١٢/١٨٤٤ سيرى ٤٥ — ٢ — ٤٠٢ ، متز ٢١ مايو ١٨٦٧ دالوز ٦٧ — ٢ — ١١٠ ؛ ديجون ١٤ مايو ١٨٦٨ سيرى ٦٩ — ٢ — ١٢ وذالوز ٦٩ — ٢ — ١٩٥ ؛ الجزائر ٤/١١/١٨٩٣ سيرى ١٨٩٥ — ٢ — ٢٣٧ ؛ دويه ١٥/٤/١٨٩٧ سيرى ١٨٩٨ — ٢ — ٧٨ خاصة فى الآخر ؛ سين ٢/٧/١٩٠٧ وتعليق بيرو بالمعنى الذي تقول به فى سيرى ١٩١٠ — ٢ — ١٥٣ ، بيزانسون ١٤/٣/١٩١٠ دالوز ١٩١٤ — ٢ — ٨٨ ؛ باريس ١٦/١/١٩١٣ — ٢ — ٢٣٧ ، دويه ١٩/١/١٩٣١ جازيت باليه ١٩٣١ — ٢ — ٧٧٥ دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ ملخص ٩ .

وهكذا نستطيع أن نقول مع فوازينيه إن عبارة الخطأ الجسيم أخذت فى لغة المحاكم معنى غير المتعارف عليه فى عهد الرومان ، ولا غرو فان فكرة الخطأ ذاتها لم يصبح لها نفس المعنى فى جميع الأحوال ، بل أنها تضيق وتتسع طبقا للحاجات الاجتماعية (ديموج ج ٣ بند ٢٦٥ مكرر وفوازينيه ص ١١٩)

(١) مازو نبذة ٥٠٩ ؛ سوردا بند ٦٧٧ مكرر .
قارن بريجيه ص ٩١ ، وفوازينيه ص ١٤٤ ، وماى تاى ص ٦٤ .

من الناحية القانونية لايمكن نسبة أى خطأ إليه لاجسيا ولا يسيراً [١] ، فالطب فن أكثر منه علماً ، وأكفأ الاطباء قد يتعرض للخطأ أثناء مباشرة العلاج دون أن يمكن نسبة أى إهمال اليه ، وإنما الخطأ يبدأ حيث تنتهى الخلافات العلمية وتتضح العناصر التى يستطيع طبيب يقظ أن يبنى عليها تقديراً صحيحاً لحقيقة الداء وما يناسبه من دواء . فما توهمته المحاكم إذن خطأ تافها هو فى الواقع بعيد عن أن يعتبر خطأ بالمعنى الفنى للكلمة [٢] . وتزداد فكرتنا وضوحاً إذا رجعنا إلى أحكام المحاكم فحللناها وبينا حقيقة مراميها .

لاشك أن بعض الأحكام اشترطت الخطأ الجسيم لقيام مسئولية الطبيب لكنها إذ تشترط ذلك إنما تقر فوراً بوجود خطأ من هذا النوع كلما أرادت الحكم بالتعويض [٣]

---

(١) ولقد فهمت محكمة النقض الفرنسية هذه الحقيقة إذ قررت فى حكمها فى ١٩٣٧/١٠/١٨ سيرى ١٩٣٨ — ١ — ٦ ودالوز الأسبوعى ١٩٣٨ — ٥٤٩) :
" que si les experts commis ont considéré que le médecin avait manqué de coup d'oeil chirurgical , ils ne lui ont imputé à faute ni d'avoir fait une incision ... ".
راجع أيضا ليبج المدنية ١٩٣١/١/١٢ والحكم الاستئناف فى ١٩٣٣/١/١٣ ، بلجيكا القضائية ١٩٣١ عمود ١٨٥ و١٩٣٣ عمود ١٩٠ على التعاقب ؛ والحكم الصادر فى ١٨٩٨/٣/٢١ المذكور فى بيتل ص ٤٤ والتعليق على حكم باريس فى ١٩١٣/١/١٦ المنشور فى دالوز ١٩١٣ — ٢ — ٢٣٧ ؛ وقارن فيما يتعلق بالمحامى ، محكمة الاسكندرية الابتدائية فى ١٩٠٩/٣/٦ حقوق سنة ٢٥ ص ٢ رقم ١ ، وقرب فاز رين ص ٢٨ .

(٢) قرب فوازينيه ص ٢٦٠ حيث يقول "La faute caractérisée est seule sanctionnée dans le transport gratuit dans la responsabilité médicale car la faute légère, n'est dans ces hypothèses que la faute du hasard c'est-à-dire l'absence de faute "

(٣) كولمار ١٨٥٠/٧/١٠ دالوز ٥٢ — ٢ — ١٩٦ ؛ جراى ١٨٧٣/٧/٢٩ سيرى ٧٤ — ٢ — ٥٨ دالوز ٧٤ — ٥ — ٤٣٦ ؛ نيم ١٨٨٤/٢/٢٦ سيرى ٨٦ — ٢ — ١٥٦ دالوز ٨٤ — ٢ — ١٧٦ ؛ بين ١٨٩٧/١٠/٢٢ سيرى ١٨٩٩ — ٢ — ٩٠ ؛ باريس ١٩١٩/٦/٢٦ سيرى ٢٠ — ٢ — ١٠٣ ودالوز ١٩٠١ — ٢ — ٧٣ والحكم خاص بطبيب أسنان وهو جدير بالذكر من حيث أنه استخلص عناصر الخطأ ووصفه بأنه جسيم رغم أن تقرير الخبير نفى إمكان نسبة أى خطأ إلى الطيب ؛ مرسيليا ١٩٢٢/١/٢٨ مذكور فى بتيل المرجع السابق ص ٤٧ ؛ هافر ١٩٢٤/٣/٢٢ .G .T ٧ سبتمبر سنة ١٩٢٤ ؛ دبى ١٩٢٩/٧/١٠ جازيت باليه ١٩٢٩ — ٢ — ٦٠٩ ؛ الانسون ١٩٣٠/٤/٢٩ جازيت باليه ١٩٣٠ — ٢ — ١١٢ والحكم خاص بطبيب بيطرى ؛ باريس ١٩٣١/٣/١٢ سيرى ١٩٣١ — ٢ — ١٢٩ وفى

وإن هى أرادت رفض طلب التعويض فانه من السهل أن تتبين من حيثيات أحكامها أن الاعتبارات التى من أجلها نفت هذه المحاكم صفة الجسامة عن الخطأ تكفى بذاتها لنفى كل خطأ يمكن نسبته إلى الطبيب . فلقد كانت ترجع نفى صفة الجسامة عن الخطأ إما إلى وجود خلاف من الناحية العلمية على المسلك الذى كان على الطبيب أن يتبعه [١] وإما إلى أن العناصر التى بنى عليها الطبيب تقديره لم تكن من الوضوح بحيث تضمن — بالنظر إلى حالة العلم والى القواعد المسلم بها فى الفن الطبى — رأيا صحيحا [٢] وإما إلى أن الطبيب قام بما عليه ولم ينطو سلوكه على رعونة واضحة أو إغفال للأصول العلمية [٣] وعلى كل حال فليس من بين

= لانيون ١٩/١٢/١٩٣٢ جازيت بالية ١٩٣٣ — ١ — ٣٣٩ ؛ بوردو ٧/٦/١٩٣٣ جازيت بالية ١٩٣٣ — ٢ — ٦١٥ ؛ س مصر ٢/٥/١٩٤٧ المجموعة الرسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ ص ٢٠ .

قارن نقض ١١/١/١٩٣٢ سيرى ٣٢ — ١ — ١١٠ دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ — ١٣٢ والحكم دون أن يشترط الخطأ الجسيم لقيام المسئولية وصف الخطأ الصادر من الطبيب بأنه جسيم وفى نفس المعنى :

ايفرو ١٧/١٢/١٩٣٣ والحكم الاستئنافى فى نفس القضية سيرى ١٩٣٥ — ١ — ٤٠١ ؛ الجزائر ١٧/٣/١٨٩٤ سيرى ١٨٩٥ — ٢ — ٢٣٧ ؛ شاتوتيرى ٧/٦/١٩٠٥ سيرى ١٩٠٩ — ٢ — ٢٢٥ دالوز ١٩٠٥ — ٥ — ٤١ ؛ مونتبلييه ٧/٦/١٩٣٤ دالوز الأسبوعى ١٩٣٤ — ٤٨٣ .

(١) سين ٢٤/٢/١٩١٤ مذكور في بيتل المرجع السابق ص ٤٣ ؛ مجلس الدولة ١٢/٣/١٩٣٧ سيرى ١٩٣٧ — ٣ — ١٢ .

(٢) متز ٢١/٥/١٨٦٧ دالوز ٦٧ — ٢ — ١١٠ سيرى ١٨٦٨ — ٢ — ١٠٦ ؛ هافر ٥/١٢/١٨٨٩ دالوز ١٨٩١ — ٢ — ٢٨١ فى هامش ١ ، جازيت بالية ١٨٨٩ — ٢ — ٦٨٠ ؛ باريس ١٦/١/١٩١٣ دالوز ١٩١٣ — ٢ — ٢٣٧ .

(٣) متز ٢١/٥/١٨٦٧ سيرى ٦٨ — ٢ — ١٠٦ ؛ سانت أتين ٥/٢/١٨٩٢ دالوز ٩٥ — ٢ — ١٩٩ ؛ باريس ٤/٣/١٨٩٨ سيرى ٩٩ — ٢ — ٩٠ ؛ ليون ١٧/١١/١٩٠٤ سيرى ١٩٠٧ — ٢ — ٢٣٣ ؛ سين ٢٠/٧/١٩٠٧ سيرى ١٩١٠ — ٢ — ١٥٣ ؛ سين ١٤/١٢/١٩٢٠ دالوز ١٩٢١ — ٢ — ٢٧ ؛ مرسيليا ٢٠/١/١٩٢٧ دالوز الأسبوعى ١٩٢٧ — ٢٦٧ ؛ ريوم ٥/٢/١٩٢٩ جازيت بالية ١٩٢٩ — ١ — ٦٤٩ ؛ دويه ٢٤/١/١٩٣٣ سيرى ١٩٣٣ — ٢ — ٢١٣ ؛ رين ١٤/١١/١٩٣٤ جازيت بالية ١٩٣٥ — ١ — ١٠٤ باريس ١٢/٢/١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥ — ١ — ٧٢٢ ؛ مجلس الدولة ٨/١١/١٩٣٥ قضيتان سيرى ١٩٣٦ — ٣ — ١٢٧ .

=

أحكام المحاكم ما ذهب إلى حد إعفاء الطبيب من المسئولية استناداً إلى أن خطأه كان تافها (١) بل بالعكس إن أحكام محكمة النقض الفرنسية (٢) وكثيراً

= في القضاء المصري: راجع سم ١٩١٢/٢/٢٩ B.L.J. سنة ٢٤ ص ١٦٦ والحكم متمم للحكم الصادر في ١٩١٠/٢/٣ B.L.J. سنة ٢٢ — ١٢٠ ؛ سم ١٩٣٨/٤/٢١ B.L.J. ٥٠ — ٢ — ٢٥٠ جازيت ٢٩ ص ٤١١ رقم ٤٨١ ؛ العطارين ١٩٢٩/٤/٩ حقوق سنة ٤٤ ص ١٦٩ ؛ الاسكندرية ١٩٣٩/٧/٨ القضية رقم ٢٢٦ سنة ١٩٣٨ كلي ؛ س مصر ١٩٤٠/٦/٤ القضية رقم ٦٤٥ سنة ٥٦ قضائية .

(١) في نفس المعنى بلانيول اسمان بند ٥٢٤ ؛ ومازو بند ٥١٠ قارن فوازييه ص ١٣٢ — ١٤٢ .

(٢) راجع نقض ١٩٠٤/٨/٢ دالوز ١٩٠٨ — ١ — ٥٧٤ و ١٩١٩/٧/٢١ سيرى ١٩٢٢ — ٢ — ١١٣ في الهامش ودالوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ وتعليق دنيس . والحكم صريح في استبعاد التفرقة بين الخطأ الجسيم والعادي ؛ و ١٩٢٠/١١/٢٩ سيرى — ١٩٢١ — ١ — ١١٩ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ١٠٣ ؛ و ١٩٣٧/١٠/١٨ سيرى ١٩٣٨ — ١ — ٦١ دالوز الأسبوعي ١٩٣٧ — ٥٤٩ .

ولقد قرر أنه فيما عدا الإهمال وعدم الاحتياط الذي يقع فيه أي إنسان لا يسأل الطبيب عما ينسب اليه من عدم الاحتياط أوعدم الإنتباه أو الإهمال الا إذا أثبت ذلك منه — مع مراعاة حالة العلم والقواعد المعترف بها في الفن الطبي — اغفالا أكيدا لواجباته .

والحكم رغم أخذه بالتفرقة بين الخطأ المهني والخطأ العادي تلك التفرقة التي إنتقدناها فأنه لم يرتب عليها أثرا مابل اعتبر الطبيب مسئولا عن جميع أخطائه متى أثبت ذلك منه أغفالا أكيدا لواجباته دون أن يشير إلى التفرقة المزعومة بين الخطأ اليسير والخطأ الجسيم .

حقيقة قيل إن المبدأ الذي تضمنه الحكم لايقف عند حد وجوب تحقق الخطأ بوضوح بل يذهب إلى أبعد من ذلك كثيرا فهو يشترط شروطا خاصة في ذات الخطأ بحيث قد يقع من الطبيب إهمال أو عدم إنتباه ويعترف به ورغم ذلك فأن إهماله هذا أو عدم إنتباهه لايكون الخطأ الطبي الا إذا دل على اغفال أكيد لواجباته وفيما عدا ذلك يعتبر عدم الإلتفات أو عدم الإحتياط بمثابة الحادث الفجائي في الفن الطبي فلا تترتب عليه مسئولية ما (وديع فرج — مجلة القانون والإقتصاد سنة ١٢ ص ٤٠٦) بل لقد قيل إن الخطأ الموجب للمسئولية طبقاً لحكم محكمة النقض يجب أن يكون على درجة من الجسامة بحيث يستطيع القاضي أن يتبينه بالإستعانة بالخبراء عند اللزوم . سافاتييه في دالوز ١٩٣٩ — ١ — ٤٩ وبند ٧٩٠ من كتابه في المسئولية).

ما أن حكم النقض يعود بنا إلى نظرية تدرج الخطأ لكى لايسأل الطبيب إلا عن الخطأ الجسيم لانهنا مالا تحتمله عباراته .

أما القول بأنه لم يكتف بثبوت الخطأ بل تطلب عناصر أخرى في ذات الخطأ لكى تجب على الطبيب المسئولية فلسنا نستطيع أن نتبين كنه هذه العناصر المشار إليها . فالخطأ الطبي كما عرفناه هو إخلال الطبيب بأحد الواجبات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته فكل خطأ ثابت يفترض لزاما =

= أن الطبيب قد أغفل واجباته ومحكمة النقض لم تتطلب أكثر من ذلك . حقاً إن الطبيب قد يخطىء في تشخيص المرض أو وصف العلاج دون أن يكون مسئولا ولكن ليس ذلك راجعاً إلى انتفاء الخطأ لبعض العناصر التي تراها محكمة النقض ضرورية لقيام المسئولية بل إلى انعدام الخطأ أصلا .

راجع أيضا — نقض ١٨٦٢/٧/٢١ وتعليق مازو عليه بند ٥١٠ ومولان في ١٩٢٦/١١/٢٤ مشار اليه في جازيت باليه ١٩٢٩ — ١ — ٦٤٩ مع حكم ريوم في ١٩٢٩/٢/٥ ولقد حكمت المحكمة على الطبيب بالمسئولية استناداً إلى أن تقرير الخبير وإن نفى عنه الخطأ الجسيم فهو لم ينف عنه الخطأ التافه . ومع أن محكمة ثاني درجة ألغت الحكم فانها قررت في نفس الوقت أنه لم يثبت على الطبيب حتى الخطأ التافه .

راجع أيضا روان ١٩٢٣/٤/٢١ سيرى ١٩٢٤ — ٢ — ٧ (ولقد أخذ الطبيب بخطئه وإن وصفه الخبراء بأنه غير جسيم) وروان ١٨٩٦/٦/٣ مذكور في نيجر ص ٦٩ وليون ١٩٢٣/١١/١٠ مذكور في لاكاس المرجع السابق ص ٥٩ بند ٧٢ وفي جاردنا وريتشى ص ٣٨١ عمود أول ، وقد جاء فيه :

«Les juges doivent rechercher lorsque un médecin est pris à partie s'il a commis une faute véritable et s'il n'a pas observé en administrant le traitement. des régles do prudence et de scrupuleuse attention, auxquelles il doit normalement se conformer. C'est seulement au cas ou il s'en départit qu'il commet une faute génératrice de responsabilité, sans qu'il y ait d'ailleurs à distinguer entre la faute grave et la taute légère, l'article 1382 du codo civile no comportant pas cette distinction».

وايفرو في ١٩٢٢/١١/١٦ جازيت باليه ١٩٢٢ — ٢ — ٦١٨ ؛ واسباليون ١٩٣٢/١٠/١٠ دالوز الأسبوعي ص ٥٩٧ ، وقد أشارت المحكمة الى أن المقصود باشتراط الخطأ الجسيم ليس إخراج المسئولية الطبية عن حكم القواعد العامة ، بل دعوة الحاكم إلى مضاعفة العناية بتحرى وجه الخطأ في سلوك الطبيب حتى لا تحكم عليه بالمسئولية إلا إذا كان خطؤه واضحاً . — وبوردو ١٩٣٣/٦/٧ جازيت باليه ١٩٣٣ — ٢ — ٦١٥ ، وعرائش ١٩٣٣/١٠/٣١ مذكور في مازان ص ٢٣١ .

وإذا جاز لنا أن نقرر أن حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ (سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١) هو خلاصة ما انتهى اليه تطور القضاء في المسئولية الطبية فانا نستطيع أن نقول بغير حرج إن هذا الحكم قد قضى ضمنا ولكن بطريق واضح على اشتراط الخطأ الجسيم فلقد قررت المحكمة أن الطبيب مع كونه لا يلتزم بشفاء المريض وهو ما لم يقل به أحد إلا أنه يلتزم بأن يبذل له عناية لا من أى نوع كان بل جهودا صادقة يقظة ومتفقة في غير حالة الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية الثابتة ، وأضافت المحكمة بأن الاخلال بهذا الالتزام التعاقدي وأن لم يكن متعمدا ، جزاؤه المسئولية العقدية . وظاهر من ذلك أن المحكمة لم تلق اعتباراً لتلك الفكرة البالية فكرة التدرج في جسامة الخطأ .

من الأحكام المصرية [1] قاطعة فى مسئولية الطبيب عن جميع أخطائه بغض النظر عن نعتها بدرجة معينة من الجسامة ، وهو ما يفسر لنا ميل كثير من المحاكم إلى استعمال لفظ الخطأ الواضح أو المؤكد بدلا من تعبير الخطأ الجسيم [2] .

---

(١) استئناف مصر ١٩٣٦/١/٢ (محاماة سنة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ ، مج رسمية سنة ٣٧ رقم ٩٣ ص ٢٦٠) . ولقد جاء فى هذا الحكم : « .... ولهذا فانه يصح الحكم على الطبيب الذى يرتكب خطأ يسيرا ولو أن هذا الخطأ له مسحة طبية ظاهرة ولا يتمتع الطبيب بأى استثناء . وفقط يجب على القاضى أن يتثبت من وجود هذا الخطأ ، وأن يكون هذا الخطأ ثابتا ثبوتا كافيا لديه ، وعليه أن يستعين برأى الخبراء للتحقق من وجود الخطأ وله ألا يأخذ برأى الخبراء ويأخذ حذره من الخبير الذى يقدم تقريراً لصالح زميل له لأنه ربما يكون قد تأثر بعامل الزمالة ؛ وبالجملة فان مسئولية الطبيب تخضع للقواعد العامة ، متى تحقق وجود الخطأ مهما كان نوعه سواء أكان خطأ فنيا أو غير فنى ، جسيما أو يسيرا . » ولقد أضافت المحكمة إلى ذلك بعد مناقشة ظروف الدعوى أنه حتى لو وصف خطأ الطبيب الذى تجاوز العدد المسموح به فى جلسات الأشعة بأنه خطأ يسير فهو مسئول عنه طبقا للقواعد العامة فى المادة ١٥١ مدنى .

مصر الابتدائية ١٩٣٩ (حقوق سنة ٥٤ ص ٧٨ ، ٩٤ ، ١٨٠) . ولم تفرق المحكمة بين الخطأ اليسير والجسيم وإنما قررت أن الطبيب يخضع لحكم القواعد العامة .

استئناف مصر ١٩٤١/١/٢٣ (محاماة ٢٢ ص ٢٥٨ رقم ٨٥ ، مجموعة رسمية سنة ٤٢ ص ٥٢١ رقم ٢٦٥) . وقد استبعد الحكم فكرة قصر المسئولية الطبية على الخطأ الجسيم وحده وقرر أن الطبيب يسأل عن خطئه وإن كان يسيراً .

استئناف مختلط ١٩١١/٢/١٥ (B.L.J سنة ٢٨ ص ١٨٣) : يسأل الطبيب عن الخطأ التافه متى كان ثابتاً واضحاً .

الأسكندرية ١٩٤٢/١٢/٣١ (القضية رقم ٢٦٤ سنة ١٩٤٢ كلى) : الخطأ مهما كان يسيراً فهو يوجب المسئولية بشرط أن يكون ظاهراً لا يحتمل مناقشة .

قارن مع ذلك : استئناف مختلط ١٩٣٦/١١/١٩ (B.L.J ٤٩ — ٢ — ١٩) و (.G سنة ٢٧ ص ٢٨ رقم ٣٩) . وقد اشترط لمسئولية الطبيب فى علاقته بالمريض الخطأ الجسيم الواضح . ويلاحظ أنه لاعبرة بهذا الحكم إذ أن تعرضه لوضع هذا المبدأ كان تزيدا ، فلم تكن ظروف الدعوى لتتطلب بحثاً فى هذه الناحية .

وراجع فى القضاء البلجيكى : ليبج ١٩٣١/١/١٢ (بلجيكا القضائية ١٩٣١ عمود ١٨٥) ، وهذا الحكم ، وإن ألغته محكمة الاستئناف فى ١٩٣٣/١/١٣ (بلجيكا القضائية ١٩٣٣ عمود ١٩٠) إلا أنها لم تخالفه من حيث المبدأ الذى قرره .

(٢) سين ١٨٨٩/١/٢٢ ، دالوز ١٨٩١ — ٢ — ٢٨١ هامش ب G . P ٨٩ — ١ — ٣٣٦ ؛ الجزائر فى ١٨٩٧/١١/٩ سيرى ١٩٠٩ — ٢ — ٣٢١ ؛ مصب الرون ١٩٣٠/١/٣ =

وحدة الخطأ الجنائى والمدنى : —

الآن وقد انتهينا إلى القول بأن الخطأ لا تختلف درجاته ، وأن أى خطأ يكفى لشغل المسئولية المدنية للطبيب ، فهل الحال كذلك بالنسبة للمسئولية الجنائية [١] .

إذا رجعنا إلى النصوص ، وجدنا أن المادة ١٦٣ من القانون المدنى استعملت عبارة عامة جامعة . أما المادتين ٢٣٨ و ٢٤٤ من قانون العقوبات ، فقد اقتصرتا على ذكر الصور المختلفة للخطأ الموجب للمسئولية الجنائية ، وهـــذه الصور هى الرعونة وعدم الاحتياط أو التحرز والاهمال أو التفريط وعدم الانتباه أو التوقى وعدم مراعاة اللوائح .

ولو أن هذه الصور وردت فى القانون على سبيل الحصر، فهى — عند التأمل — متداخلة ، وبعضها واسع المدلول إلى درجة شديدة حتى لتخال ألا يخرج عنها أية حالة من حالات الخطأ . فلفظ عدم الاحتياط أو الاهمال مثلا ، يمكن أن يدخل فيه أية صورة من صور الخطأ افترضتها [٢] .

= دالوز الأسبوعى ١٩٣١ ملخص ٣ ؛ دويه ١٩٣١/١/١٩ دالوز الاسبوعى ١٩٣٢ ملخص ٩ ؛ باريس ١٩٣١/٣/١٢ سيرى ١٩٣١ — ٢ — ١٢٩ ودالوز ١٩٣١ — ٢ — ١٤١ ؛ أميان ١٩٣١/٧/١٦ جازيت باليه١٩٣١ — ٢— ٢٧٧ ؛ رين ١٩٣٤/١١/١٤ جازيت باليه ١٩٣٥ — ١ — ١٠٤ ؛ استئناف مختلط ١٩١١/٢/٥ .B.L.J سنة ٢٨ ص ١٢٠ ؛ مصر المختلطة ١٩١٦/١٢/٣٠ ، .G سنة ٧ ص ٥٧ رقم ١٦٦ ؛ مصر المختلطة ١٩٢٣/٤/٢٦ .G ١٥ ص ٨٨ رقم١٣٢ ؛ الأسكندرية المختلطة ١٩٢٨/٥/١٨ . .G ١٨ ص ٢٤٧ رقم ٣١٥ ؛ الاسكندرية ١٩٤٢/١٢/٣١ القضية رقم ٢٦٤ سنة ١٩٤٢ كلى .

(١) ولا يخفى ما لهذا البحث من أهمية فى بيان مدى تقيد القاضى عند الفصل فى الدعوى المدنية بما تقرر فى الدعوى العمومية . (القللى: المسئولية الجنائية ص ٢٢٢ ؛ جندى عبد الملك جـ ٥ الموسوعة الجنائية ص ٨٤٨ رقم ٣٨٠ ؛ جارو المطول جـ٥ بند ٢٠٥٥) .

(٢) فوازينيه المرجع السابق ص٣٦٥ ؛ موريل فى سيرى ١٩١٤ — ١ — ٢٤٩ (أنظر ص ٢٥١ العمود الأول) ؛ لاكوست بند ١١١ ؛ بلانيول وإسمان جـ ١ ص٩١٦ بند ٦٧٩؛ مازو بند ٦٤٠ و ٢١٤٩ ؛ سامى مازن ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ٢ ص ٣٥٠ ؛ على بدوى ، الجريمة سنة ١٩٣٨ ص ٣٨٠ و ٣٧٨ ؛ القللى ، المسئولية الجنائية سنة ١٩٤٥ ص ٢٢٢، ٢٢٦ ؛ محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، شرح قانون العقوبات المصرى =

وإذا كان الخطأ لا تختلف طبيعته فى القانون المدنى والجنائى ، فهل هما يتفقان فى درجة الجسامة التى يتطلبها كل منهما لقيام المسئولية ؟

نحن نعرف أن القانون المدنى يكتفى بالخطأ التافه فهل يقتضى القانون الجنائى فى الخطأ درجة من الجسامة تزيد عن الحد الذى يتطلبه القانون المدنى بحيث يمكن أن يبرأ شخص من المسئولية الجنائية ومع ذلك يحكم عليه بالتعويض .

الواقع أن وضع السؤال فيه الإجابة عليه . فلقد تبين لنا أن فكرة تدرج الخطأ فكرة أخلاقية بحتة . أما من حيث القانون فالأخطاء جميعاً متكافئة ، وهذا القول إن كان يصدق فى القانون المدنى ، فالحال يجب أن يكون بالمثل فى القانون الجنائى ، بالرغم من أن الفكرة السائدة لدى كثير من الشراح أنه إذا كان أى إهمال ، مهما كان شأنه قد يعتبر من قبيل الخطأ المدنى ، فان الاهمال الفاحش والتفريط الجسيم هما وحدهما اللذان يعتبران من قبيل الخطأ من الناحية الجنائية [1] .

= ج ١ ص ٣٦١ و ٣٦٢ طبعة أولى ؛ جندى عبد الملك الموسوعة الجنائية ج٥ ص٨٤٧ رقم ٣٧٨ ؛ مصطفى مرعى ص٤٣ بند٥٦ ؛ التعليق فى دالوز ١٩١٥ ــ ١ ــ ١٧ العمود الأول .

(١) جارسون فى التعليق على قانون العقوبات م ٣١٩ و ٣٢٠ بند ١٩ ؛ ماركاديه فى فى شرح القانون المدنى طبعة ٨ ج ٥ بند ٢٢٣ م ١٣٥١ و ١٦ ؛ جربوليه فى دالوز ٦٩ ــ ١ ــ ١٧٠ العمود الثانى الفقرة الأولى ؛ فيدال ومانيول ، القانون الجنائى طبعة ٦ بند ٣٦ فى المتن وهامش ٣ ؛ أوبرى ورو طبعة ٤ ج ٨ بند ٧٦٩ مكرر وهامش ١٨ وطبعة ٥ ج ١٢ بند ٧٦٩ مكرر وهامش ١٨ ص ٤٧٠ ؛ Gros . — L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil et la notion de faute : Thèse 1928 , P. 99 .

رو فى سيرى ١٩٢٧ ــ ٣٣ العمود الثالث ؛ أحمد أمين فى شرح قانون العقوبات ص ٣٦٧ ؛ أحمد نشأت فى الاثبات بند ٥٩٤ ، كامل مرسى والسعيد مصطفى فى شرح قانون العقوبات ج ١ ص ٣٦٤ ؛ شيرون وعلى بدوى ص ٧٠ فقرة ٣٣ ؛ سليمان مرقص فى التعليق على الأحكام ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٥ ص ٢٠٨ ؛ ديمولومب العقود ج ٧ بند ٤٢٧ ؛ هوك ج ٨ بند ٣٤٠ ؛ جارسونيه طبعة ٣ شرح المرافعات ج ٣ بند ٧٣٠ ؛ سوردا طبعة ٦ ج ١ ص ٣٤٦ بند ٣٦٧ مكرر ٣ ؛ ريبير فى دالوز ١٩٢٥ ــ ١ ــ ٧ العمود الأول ؛ لسيان فى سيرى ١٩٢٤ ــ ١ ــ ٣٢١ ، وراجع ص ٣٢٣ النهر الثانى .

والحجج التي أدلى بها أنصار هذا الرأى يمكن تلخيصها فى أن القاعدة الرومانية التى تكتفى بالخطأ التافه لقيام المسئولية كانت قاصرة ، فى ظل قانون أكيليا ، على الجرائم المدنية . أما فى دائرة المسئولية الجنائية فلم يكن القانون الرومانى يعاقب غالباً إلا على الخطأ الجسيم (١) .

وإذا كانت دواعى المنطق تأبى التفرقة بين الخطأ المدنى والخطأ الجنائى فيجب ألا يغرب عن البال أن القانون ليس علم منطق بحت ، بل يجب أن تفسر النصوص على ضوء الغايات التى ترمى إلى تحقيقها والروح التى استلهمها المشرع فى وضعها . لا غرو إذن أن اختلفت وجهة النظر المدنية والجنائية فى تقدير الخطأ والدرجة المتطلبة فيه لقيام المسئولية (٢) . فالقانون المدنى يسعى إلى إيجاد التوازن بين الذمم ، فإن اختلفت مصلحتا الجانى والمجنى عليه فى تحمل عبء الضرر الذى حصل ، فالقانون لا يتردد فى تفضيل مصلحة المجنى عليه والحكم على الجانى

قارن : شوفو هيلى — قانون العقوبات طبعة ٦ جـ ٤ بند ١٤١٦ ؛ ولاكوست Traité de la chose jugée طبعة ٢ بند ١١٢٤ .

وراجع : Tarde الذى ذهب إلى حد القول بأن الخطأ الجسيم ذاته لا يبرر المسئولية الجنائية :
« Si grave que soit un préjudice non intentionel , la peine qui le frappe si légère qu'elle soit , est aussi injuste qu'inutile . Les homicides accidentels, par suite qualifiés homicides par imprudence pour donner une ombre de justification aux poursuites dont ils sont l'objet , devraient n'avoir rien à démêler avec les tribunaux correctionnels ou même de simple police . Il appartient aux seuls tribunaux civils de statuer sur leurs, conséquences . [cité par Gros , thèse , op . cit . p . 99] » .

وراجع فى الآراء المختلفة فى هذا الموضوع ، جندى عبد الملك ، الموسوعة الجنائية جـ ٥ ص ٨٤٩ رقم ٣٨١ وما بعدها .

(١) روه التعليق السابق الاشارة اليه ، العمود الثالث ص ٣٣ وما بعده ص ٣٤ .

(٢) رو المرجع السابق ١ ص ٣٤ ؛ إسمان فى سيرى ١٩٣٤ — ١ — ٣٢٣ عمود ٢ ، روتساريه أساس المسئولية اللاتعاقدية رسالة سنة ١٩٣٠ ص ٢٧٤ ؛ شميدت ، الخطأ المدنى والخطأ الجنائى رسالة سنة ١٩٢٨ ص ١٨٥ ؛ ريبر فى دالوز ١٩٢٥ — ١ — ٧ عمود ١ الفقرة الثالثة ؛ سليمان مرقس فى التعليق على الأحكام ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٥ ص ٢٠٩ ؟؟

بالتعويض كلما انطوى سلوكه على الخطأ ولو كان تافها . أما القانون الجنائى فهو يسعى إلى توطيد الطمأنينة الاجتماعية وحماية النظام العام ، فلا بد من أن تكون هناك زعزعة للطمأنينة الاجتماعية تبلغ درجة من الجسامة تبرر تدخل القانون لردع الجانى وزجر الغير ، فالعقوبة لا تكون مشروعة إلا إذا دعت إليها ضرورة من حماية النظام الجماعى .

ومن جهة أخرى فان العقوبات الجنائية من الشدة بحيث لا يجب توقيعها إلا إذا انطوى الاهمال على خطورة ملموسة ، وإن نظام إيقاف التنفيذ والعقوبات المحددة للشروع لأكبر دليل على وجوب تناسب العقوبة مع جسامة الجرم الذى حصل ، ففكرة الخطأ الجسيم تتمشى تماماً مع هاتين الوسيلتين لتخفيف العقوبة .

ولقد لوحظ أيضاً أن اتجاه المحاكم إلى التوسع فى فكرة الخطأ المدنى ، قصد إيصال المجنى عليه إلى التعويض ، لا يمكن أن يقابله توسع فى الخطأ الجنائى ، الأمر الذى يستحيل معه الآن الادعاء بوحدة نوعى الخطأ (١) .

وأخيراً يقول إسمان إن اختلاف وجهتى النظر المدنية والجنائية التى أدت بالمحاكم إلى رفض حجية الأحكام المدنية لدى نظر الدعوى العمومية يجب أن تؤدى منطقياً إلى النتيجة العكسية أيضاً (٢) .

ولكن هذه الحجج فضلا عن أنه يهدمها من أساسها ما سبق أن بيناه من أن الخطأ لا تختلف درجاته ، هى لا تقوى أمام نصوص القانون التى تعرضت للكلام عن الاهمال فى المسئولية الجنائية ، إذ جاءت هذه النصوص بعبارات مطلقة لا تسمح بأى قيد (٣) .

نعم إن القانون الجنائى يسعى إلى أهداف غير التى يرمى إليها القانون المدنى ، وحقيقة إن القانون الجنائى يجب ألا يتدخل إلا حيث يكون ثمة إخلال بالأمن

---

(١) روتساريه المرجع السابق ٢٧٥ ؛ شميدت ، المرجع السابق ٧٩ .

(٢) إسمان فى سيرى ١٩٢٤ — ١ — ٣٢٣ العمود الثالث فى الآخر .

(٣) مازو بند ٦٤١ ، مصطفى مرعى بند ٥٦ ص ٤٣ .

الجماعى ولـكن من التحكم القول بأن الخطأ الجسيم وحده هو الذى يهدد الأمن ويزعزع الطمأنينة . فلو سلمنا جدلا بتدرج الخطأ ، لما صعب علينا أن نتصور حالات يكون فيها الخطأ تافها والضرر الاجتماعى على جانب كبير من الخطورة .

أما ما يقوله إسمان من أن اختلاف وجهتى النظر المدنية والجنائية يمـكن أن نلمسه فى رفض الاحتجاج بالأحكام المدنية أمام المحاكم الجنائية ، فقول بعيد عن الصواب .

حقيقة إن الأحكام المدنية لا تحوز قوة الشىء المحـكوم فيه أمام المحاكم الجنائية ، ولـكن ليس ذلك راجعاً إلى اختلاف فى تقدير الخطأ ، بل إلى أنه لا يوجد بين الدعوى المدنية والدعوى الجنائية اتحاد لا فى الموضوع ولا فى السبب ولا فى الخصوم . وإذا كانت القاعدة المتبعة مع ذلك أن الحـكم الجنائى يسرى على المدنى ، فذلك يرجع إلى اعتبارات متعلقة بالنظام العام ، إذ ليس أصعب على الهيئة الاجتماعية وأشد خطراً ، من أن تحكم المحـكمة الجنائية بالعقوبة على شخص ، وبعد أن ينفذ عليه الحـكم ، تحكم المحـكمة المدنية ببراءته ضمناً ، برفض دعوى التعويض الموجهة إليه .

لذلك فالرأى الصحيح عندنا أن لا فرق بين الخطأ المدنى والخطأ الجنائى من حيث درجة جسامة كل منهما [1] ، ولـكن أليس هناك فرق بينهما من حيث الطريقة التى يجب أن يقدرا بها ؟ .

---

(١) مصطفى بك مرعى بند ٥٦ ص ٤٢ ؛؛ على بدوى ص ٣٨٠ ؛ مازو بنـد ٦٤١ ؛ القللى المسئولية الجنائية ص ٢٢٦ ؛ ساناتيه فى دالوز ١٩٢٧ ــ ١ ــ ١٤٧ الفقرة الأخيرة من العمود الأول ؛ .L.S فى دالوز ١٩١٥ــ١ــ١٧ ؛ موريل فى سيرى ١٩١٤ــ١ــ٢٥١ العمود الأول الفقرة الثانية ؛؛ ساناتية بند ٢٦٦ و ٧٧٧ ؛ جارو ج ٥ بند ٢٠٥٦ .

ويزيد اقتناعنـا بوجهة نظرنا تلك ، النتيجةالشاذة التى تترتب على تطبيق المادة ٦٣٨ من قانون تحقيق الجنـايات الفرنسى . فمعروف أن الدعوى الجنائية تسقط ومعها دعوى التعويض بمضى ثلاث سنوات متى كانت هنـاك وحدة فى السبب . فاذا قلنا بأن الخطأ الجنائى لا بد أن يكون جسيما ــ وكانت مدة التقادم قد انقضت ــ لكان من مصلحة المجنى عليه أن يصور خطأ الجانى على أنه خطأ تافه حتى لا يخضع لتقادم الدعوى العمومية .

نحن نعرف أن الخطأ المدنى يقدر بمعيار مجرد ، فلا يقيم القاضى وزناً للعناصر الشخصية المتعلقة بالمسئول . فهل يقدر الخطأ الجنائى بنفس هذه الطريقة ؟

قد يقال إن القانون الجنائى تغلب فيه الناحية الشخصية ، فلا تصح معاقبة من يبذل العناية التى فى استطاعته بذلها ، بل الحكم على سلوك الشخص يجب أن يحصل بمعيار شخصى . ولكن الواقع أن نفس الاعتبارات التى أوجبت فى الدائرة المدنية الالتجاء إلى طريقة التقدير المجرد توجب الالتجاء فى دائرة المسئولية المدنية إلى نفس الطريقة . فالخطأ المدنى ، كالخطأ الجنائى ، يجب أن يكون تقديره بمعيار مجرد [١] .

والقضاء الفرنسى كان إلى سنة ١٩١٢ يأخذ بنظرية ازدواج الخطأ المدنى والجنائى ، فقد يحكم على الشخص بالمسئولية المدنية دون أن ينطوى سلوكه على الاهمال الذى يبرر الحكم عليه بالمسئولية الجنائية . فالخطأ الجنائى يجب أن يكون على درجة من الجسامة ليست متطلبة فى الخطأ المدنى .

وهناك عدة أحكام أخذت بمبدأ الازدواج ، فنصت صراحة على أنها لا تفصل إلا فى الناحية الجنائية من الموضوع [٢] . والبعض الآخر دون أن يذهب إلى هذا الحد يبين مع ذلك أن هناك خلافاً بين نوعى الخطأ . فمثلا رفضت محكمة استئناف باريس [٣] ، الحكم بالمسئولية الجنائية على جراح لم يثبت أنه ارتكب الخطأ الجسيم الذى تتميز به جريمة القتل بالاهمال المنصوص عليها فى المادة ٣١٩ . وتتكلم محكمة أورليان [٤] عن الرعونة الواضحة [٥] . فالتعبيرات تختلف ، ولكن الأحكام متفقة جميعها على أن القاضى الجنائى ، إذ يصدر حكما بالبراءة ، لا يعبر إلا الناحية الجنائية ، دون أن يترتب على حكمه

---

(١) مازو بند ٦٤٢ ؛ كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٣٦٣ .

(٢) أنظر مثلا بيزانسون ١٨٧٩/١٢/٣٠ سيرى ١٨٨٠ — ٢ — ٣٢٤ .

(٣) باريس ٤ مارس ١٨٩٨ ، جازيت باليه ١٨٩٨—١—٣٢٨ .

(٤) أورليان ١٩ يوليو ١٩١٢ دالوز ١٩١٣—٢—٣٢ .

(٥) imprudence qualifiée .

حتما نفى المسئولية المدنية عمن تسبب فى الضرر (١). وإن محكمة النقض ، بحكمها الصادر فى ١٨٨٩/٤/١٥ لخصت وجهة نظر القضاء بقولها إن دعوى التعويض المبينة فى المادتين ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ لا تختلط بالدعوى الناشئة عن جريمة الجرح باهمال المؤسسة على المادتين ٣١٩ ، ٣٢٠ ع ، وعلى القاضى أن يفصل بحسب الظروف وبحسب جسامة الإهمال المدعى به فيما إذا كان هذا الإهمال يكون جريمة معاقباً عليها ، أم أنه مجرد خطأ لا يوجب إلا المسئولية المدنية (٢) .

لكن فى سنة ١٩١٢ عدلت محكمة النقض عن وجهة نظرها وقلبت المبادىء التى قررتها ظهراً على عقب . ذلك أن محكمة ليون أقرت النظرية السائدة من حيث التفرقة بين الخطأ المدنى والخطأ الجنائى فقبلت دعوى المسئولية المؤسسة على المادة

---

(١) نقض ١٧ مايو ١٨٧٤ دالوز ١٨٧٤ ـ ١ ـ ٣٩٨ ؛ نقض ١٨٧٤/٧/١٣ سيرى ١٨٧٦ ـ ١ ـ ٤٦٩ ؛ نقض ١٧ مارس ١٨٧٤ سيرى ١٨٧٤ ـ ١ ـ ٤٨٧ ؛ نقض ٩ يوليه ١٨٦٦ دالوز ٦٦ ـ ١ ـ ٣٣٤ والتعليق ؛ عرائض ١٦ مايو ١٨٨٧ دالوز ٨٧ ـ ١ ـ ٢٦٥ قضيتان ؛ نقض ١٨٨٩/٤/١٥ دالوز ٩٠ ـ ١ ـ ٣٣٦ ؛ نقض ١٨٩٢/٥/٣١ سيرى ١٨٩٢ ـ ١ ـ ٢٩٢ ؛ نقض ١٨٩٣/١/١٠ سيرى ١٨٩٣ ـ ١ ـ ٢٠٠ ؛ نقض ١٨٩٨/١١/٣٠ دالوز ٩٩ ـ ١ ـ ٧٤ ؛ بواتييه ١٨ مارس ١٩٠٣ سيرى ١٩٠٥ ـ ٢ ـ ٢٣٨ ؛ بورج ٦ نوفبر ١٩٠٥ سيرى ١٩٠٧ ـ ٢ ـ ٢١٣ ؛ جرينوبل ٢٠ يونيه سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩١٢ ـ ٢ ـ ١٠ ؛ عرائض ٣١ اكتوبر سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩١٠ ـ ١ ـ ٥١١ (فى الأسباب) .

قارن : نقض ٧ مارس ١٨٥٥ دالوز ١٨٨١ ـ ١ ـ ٥٥ .

(٢) نقض جنائى ١٨٤١/١١/١٩ سيرى ١٨٤٢ ـ ١ ـ ٦٤ ؛ باريس ٨ مارس سنة ١٨٧٦ دالوز ١٨٧٩ ـ ١ ـ ٤٧٥ ؛ عرائض ١٦ مايو سنة ١٨٨٧ دالوز ١٨٨٧ ـ ١ ـ ٢٦٥ ؛ نقض ١٨٨٩/٤/١٥ سيرى ١٨٩١ ـ ١ ـ ٢٩٢ ؛ اكس ١٨٩٢/٢/١٩ دالوز ١٨٩٢ ـ ٢ ـ ٢٢١ ؛ س الجزائر ١٧ مارس ١٨٩٤ سيرى ١٨٩٥ ـ ٢ ـ ٢٣٧ (مسئولية طبية) ؛ جرينوبل ١٩٠٠/٨/٨ دالوز ١٩٠١ ـ ٢ ـ ١٣٠ ؛ ليون ٢ فبراير سنة ١٨٩٣ سيرى ١٩٠٥ ـ ١ ـ ٢٨٩ ؛ عرائض ١٩٠٦/١٠/٣١ سيرى ١٩٠٧ ـ ١ ـ ١٢٦ ؛ أورليان ١٩١٢/٧/١٩ دالوز ١٩١٣ ـ ٢ ـ ٣٢ .

وفى بحث هذا القضاء شميدت المرجع السابق ١٧١ ؛ وجروس المرجع السابق ٢٧ ؛ موريل سيرى ١٩١٤ ـ ١ ـ ٢٤٩ ؛ Hébraud : l' autorité de la chose jugée, thèse, 1929, P 4 28 ؛ فوازييه المرجع السابق ص ٣٦٧ ؛ سليمان مرقص فى التعليق على الأحكام . مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٥ ص ٢٠٣ ، ٢٠٤ .

١٣٨٢ بينما كانت الدعوى الجنائية قد سقطت بالتقادم ؛ فألغت محكمة النقض هذا الحكم وقررت أن المادتين ٣١٩ ، ٣٢٠ تعاقبان كل من تسبب باهماله فى قتل آخر أو جرحه ، وليس من شأن تفاهة الخطأ سوى التخفيف من العقوبة [١] .

ومن ثم فالمادتين ٣١٩ ، ٣٢٠ قد وضعتا جزاء على نفس الاهمال المنصوص عليه فى المادتين ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ و إن اختلفت عبارات النصوص .

و بناء على ذلك، فالدعوى المدنية تخضع للتقادم الجنائى كما أن الحكم الجنائى يحوز قوة الشىء المحكوم فيه مدنياً وهو ما استقر عليه القضاء من سنة ١٩١٢ إلى سنة ١٩٢٤ [٢] بل يمكننا أن نقول إن القضاء إلى عهدنا هذا لم يهجر بطريقة صريحة مبدأ وحدة الخطأ الجنائى والمدنى و إن كانت بعض الأحكام قد لابسها شىء من الغموض .

حقاً إن محكمةالنقض ذهبت ، إزاء أحكام صادرة من المحاكم البحرية والمجالس العسكرية ، إلى حد التحرر من مبدأ الوحدة [٣] ، الأمر الذى ظن معه البعض أنها قد عادت إلى سيرتها وقضائها السابق على سنة ١٩١٢ [٤] والواقع أن هذه الأحكام

---

(١) نقض ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٢ سيرى ١٩١٤ ــ١ــ٢٤٩ وتعليق موريل .

(٢) نقض ١٤ يونية ١٩١٤ سيرى ١٩١٥ ــ ١ ــ ٧٠ داللوز ١٩١٥ ــ ١ ــ ١٧ ، نقض مدنى ٢٨ مارس ، ٢٣ مايو سنة ١٩١٦ سيرى ١٨ ــ ١٩١٩ــ١ــ٣٦ ، عرائض ١٢ يوليه ، ١٣ نوفبر سنة ١٩١٧ سيرى ١٨ ــ ١٩١٩ ــ١ــ٢١٢ ، نقض ١٠ يونيه سنة ١٩١٨ سيرى ١٩٢٠ ــ ١ ــ ٢٧١ ، نقض ١٩١٩/١١/٢٢ سيرى ١٩٢١ــ ١ ــ ١٧ وتعليق موريل ؛ نقض ١٩٢١/٤/١٦ داللوز ١٩٢١ — ١ — ٨٤ (والحكم خاص بالمسئولية الطبية) ، نقض ١٩٢٢/١/١٦ داللوز ١٩٢٢ ــ ١ ــ ٣١ ؛ نقض ١٩٢٣/٦/٦ داللوز ١٩٢٤ ــ ١ ــ ٢٠٤ .

(٣) نقض ٤ مارس سنة ١٩١٩ سيرى ١٩٢١ ــ ١ ــ ١٧ وتعليق موريل ، نقض ٢ مايو سنة ١٩٢٤ سيرى ١٩٢٤ ــ ١ ــ ٣٢٤ ، نقض ١٩٢٤/٧/٢٩ سيرى ١٩٢٤ــ ١ ــ ٣٢١ وتعليق إسمان ، داللوز ١٩٢٥ ــ ١ ــ٥ وتعليق ريبير؛ نقض ١٩٢٥/١/١٤ . سيرى ١٩٢٦ ــ ١ ــ ٣١ ، نقض ١٩٢٦/٢/٨ جازيت باليه ١٩٢٦ ــ ١ ــ ٦٢٩ .

(٤) ريبير فى داللوز ١٩٢٥ ــ ١ ــ ٦ العمود الثانى ؛؛ فيدال ومانيول ــ طبعة ٧ ص ١٨٢ ، شميدت المرجع السابق ص ١٧٦ ، جروس المرجع السابق ص ٦٦ ، اسمان فى سيرى ١٩٢٤ ــ ١ ــ ٣٢٢ الفقرة الأخيرة من العمود الثالث وما بعدها ص ٣٢٣ .

قارن هيبرو المرجع السابق ص ٤٣٥ .

لا تدل على اتجاه خاص فى قضاء محكمة النقض ، فأنها صدرت بمناسبة أحكام غير مسببة من جهات قضاء استئنائية [١] فضلا عن أن الأحكام الحديثة لا تترك مجالا للشك فى أنها استقرت على الأخذ بنظرية وحدة الخطأ [٢] .

والقضاء البلجيكى قد أدركه التطور نفسه وإن تميز بصدور نص وضع حداً للخلاف مقرراً وحدة الخطأ الجنائى والمدنى [٣] . وفى مصر قضت المحاكم بأنه إذا برأت المحكمة الجنائية المتهم من تهمة إصابة شخص خطأ فان حكمها لا يحول دون بحث القاضى المدنى فيما إذا كانت الوقائع المنسوبة إلى المتهم تعتبر شبه جنحة تترتب عليها مسئولية مدنية [٤] . وقد عللت ذلك محكمة الاسكندرية باختلاف ماهية الخطأ أو الاهمال من الوجهة الجنائية عنه من الوجهة المدنية فى حالة القتل خطأ [٥] . وعللته محكمة استئناف مصر بأن « التقصير فى إيجاب ضمان التلف

---

(١) فوازينية ص ٣٦٩ ، سافاتييه فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٤٧ الفقرة الأخيرة من العمود الثانى وما بعدها ص ١٤٨ .

قارن إسمان المرجع السابق ، فانه يزعم أن هذا الحكم يدل على انقلاب فى القضاء رغم إقراره بأن ظروف الدعوى لم تكن تستدعى التعرض لمسألة وحدة الخطأ المدنى والجنائى .

(٢) نقض مدنى ١٩٢٩/١/١٥ سيرى ١٩٣٠—١—١٧٧، نقض مدنى ١٩٣٠/١٢/١ سيرى ١٩٣١—١—١٠٩ ليون ٤ مارس سنة ١٩٣١ سيرى ١٩٣١ — ٢ — ١١٢ ، عرائض ١٩٣٢/١٠/٢٤ سيرى ١٩٣٣ — ١ — ٥٦ .

قارن نقض ١٩٢٩/١/٥ جازيت باليه ١٩٢٩ — ١ — ٢٩٨ ، نقض ١٩٣٢/٥/١٠ دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ — ٣٨٠ ، باريس ١٩٣٣/١/١٩ سيرى ١٩٣٣ — ٢ — ١٣٤، نقض مدنى ١٩٣٣/٦/١٧ سيرى ١٩٣٣ — ١ — ٣٨١ ، عرائض ١٩٣٣/٦/٢٩ سيرى ١٩٣٣ — ١ — ٣٣٠ .

(٣) أنظر فى هذا التطور : ديموج جـ ٣ ص ٤٤٣ ، روتساريه المرجع السابق ٢٧٢ ، فوازينيه ص ٣٦٩ ، وسليمان مرقص فى التعليق على الأحكام مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٥ ص ٢٠٣ ، القللى المسئولية الجنائية ص ٢٢٥ .

وراجع نقض بلجيكى أول مارس ١٨٩٤ سيرى ١٨٩٥ — ٤ — ٣٠ ولييج ١٢ يناير سنة ١٩٣١ بلجيكا القضائية ١٩٣١ عمود ١٨٥ .

(٤) س طنطا ١٩٢٦/١/١٣ مجموعة رسمية ٢٨ — ١٤ — ١١ .

(٥) الأسكندرية ١٩٢٩/١٢/١٤ محاماة سنة ١٠ ص ٥٩٨ رقم ٢٩٨ .

يختلف فى الدرجة عن الاهمال فى إيجاب العقوبة على القتل أو الجرح خطأ وإن كانا من طبيعة واحدة، وبأنه لا تناقض بين أن تجد المحكمة المدنية ما يوجب الضمان فيما لم تر المحكمة الجنائية محلا للعقوبة عليه [١] » وهى نفس الفكرة التى أوحت إلى محكمة جنايات الاسكندرية حكمها الصادر فى ١٩٤١/٢/٢٥ إذ قضت ببراءة طبيب ولم تمنعها هذا من مؤاخذته مدنياً على ما وصفته بأنه تقصير جسيم يكفى للحكم عليه بالمسئولية [٢] . غير أن محكمة النقض المصرية لم تر السير فى هذا الاتجاه الذى اتجهته محاكمنا الابتدائية والاستئنافية بل أخذت تترسم الخطوات التى خطتها محكمة النقض الفرنسية منذ سنة ١٩١٢ فأخذت فى حكمها الصادر بتاريخ ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٨ [٣] بالرأى القائل بوحدة الخطأ الجنائى والمدنى فى جرائم الاهمال ، ثم عادت وأكدت هذا المعنى من جديد فى حكمها الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٤٣ [٤] إذ قررت أن الخطأ الذى يستوجب المساءلة الجنائية بمقتضى المادة ٢٤٤ لا يختلف فى أى عنصر من عناصره عن الخطأ الذى يستوجب المساءلة المدنية بمقتضى المادة ١٥١ م ما دام الخطأ مهما كان يسيراً يكفى قانوناً لتحقيق كل من المسئوليتين .

كذلك أخذت محكمة الاستئناف المختلطة منعقدة بهيئة محكمة نقض فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٠ بوحدة الخطأ الجنائى والمدنى فى دعوى متعلقة بالمسئولية الطبية [٥] .

انتهينا من دراسة ركن الخطأ ، ويبقى من أركان المسئولية ركنا الضرر وعلاقة

---

(١) س مصر ١٩٢٩/١/٢٨ محاماة سنة ٩ ص ٣٨٠ رقم ٢١٢ .

(٢) جنايات الأسكندرية ١٩٤١/٢/٢٥ فى القضية رقم ٧٢٩ كلى سنة ١٩٣٨ وقضية النيابة رقم ٢٣٤٠ العطارين سنة ١٩٣٨ ؛ خليفة ١٩٤٧/١/١٣ حقوق سنة ٤٤ رقم ٥٠ ص ٣٣٧ .

(٣) نقض ١٩٣٨/١٢/١٤ محاماة ٢٠ــ٧٦١ــ٢٩٤ .

(٤) نقض ١٩٤٣/٣/٨ مذكور فى تعليق سليمان مرقص على الأحكام مجلة القانون والاقتصاد ص ١٩٤ سنة ١٥ .

(٥) سم ١٩٤٠/١١/١٨ (B. L. J. ٥٣ــ٢ــ٣٠) .

السببية . وهذان الركنان هما بوجه عام ألزم لقيام المسئولية من ركن الخطأ ، إذ بينما قد تتوفر المسئولية أحياناً دون وقوع خطأ من الشخص المسئول ، كما هى الحال فى المسئولية المبنية على تحمل التبعة فان ركن الضرر هو جوهر المسئولية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، فاذا انتفى الضرر فلا مسئولية ولا تعويض [١] . كذلك ركن السببية لا غنى عنه لقيام المسئولية المدنية فى أية صورة من صورها ، إذ لا بد لمساءلة شخص عن ضرر، من نسبة ذلك الضرر إليه ، إما بأن يكون الضرر ناشئاً عن خطئه إن كانت مسئوليته مبنية على الخطأ ، أو يكون ناشئاً عن أشياء يتحمل هو تبعتها إن كانت مسئوليته مبنية على تحمل التبعة .

ركن الضرر :

أما ركن الضرر ، وهو الأذى الذى يصيب الانسان فى جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه ، فهو خاضع فى مسئولية الأطباء والجراحين للقواعد العامة . إلا أنه مما تجب ملاحظته أن مجرد عدم شفاء المريض شفاء تاماً أو جزئياً لا يكون فى ذاته ركن الضرر ، لأن الطبيب فى عقد العلاج كما سيتضح عند دراسة مدى التزاماته ، لم يتعهد بإيصال المريض إلى تلك النتيجة ، فاذا أخفق فى الوصول إليها وكان ذلك بخطأ منه ، لا يسأل إلا عما سببه للمريض من خسائر مالية كمصاريف العلاج وأجر المستشفى وثمن الدواء وما ضاع على المريض من كسب بسبب تعطيله عن عمله . وقد يحاسب على ما سببه له من آلام جسيمة أثناء العلاج المترتب على خطئه طالما أن حالة المريض لم تسؤ عما كانت عليه قبل العلاج .

ويلاحظ أيضاً أن مجرد عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه بالعلاج لا يكفى لاقامة الدليل على تحقق الضرر بل يجب أن يكون هناك ضرر مستقل عن عدم التنفيذ . [٢]

---

(١) سليمان مرقص فى رسالته ص١٢ ، بلانيول طبعة ٩ بند ٨٦٧ ، لاكاس بند ٦٠ ، لالو بند٤٩ ، سوردا جـ ١ بند١٣ ، ديموج بند٣٨٥، بودرى وبارد ٤ بند٢٨٧٠ ، مرعى بند ١٢٢ ، كولان وكابيتان جـ ٣ ص ٣٦١ ، مازو جـ ١ بند ٢٠٨ .

(٢) قرب مازو بند ٢١١ .

فمثلا لا مسئولية على طبيب كلف بعلاج شخص من داء فى عينه بعد أن فقدت العين البصر .

والضرر الذى ينجم عن نشاط الطبيب قد يكون مادياً أو أدبياً [١] ويجب فى كلتا الحالين أن يكون محققاً وماساً بحق مكتسب لمن يطلب التعويض [٢] .

---

(١) وقد اعترض بعض الكتاب على قيام المسئولية عن الضرر الأدبى إطلاقا (ديموج ج ٤ بند ٤٠٦ ، سافاتيه بند ٧٢ المجلة الفصلية ١٩٣٤ ص ٤٧٩) واقتصر البعض على القول بانتفاء المسئولية العقدية عنه (لوران ج ٢٦ بند ٢٨١ ، بودرى وبارد ج ١ بند ٢٧٦، عكس مازو بند ٣٣٢ ، بلانيول إسمان ج ٧ بند ٨٥٧ .وبلانيول طبعة ١٢ ج ٢ بند ٢٥٢ جوسران ج ٢ طبعة ٢ بند ٦٢٨ — ٦٢٩ ، ديموج ج ٦ بند ٢٦١ ، بهجت بدوى — أصول الالتزامات بند ٢٨٩ ، Ganot ص ٤٨ . ، وراجع فى التعويض عن الضرر الأدبى الأحكام المشار إليها هامش بند ٣٣٤ مازو) . ولكن الرأى السائد فى الفقه والذى استقر عليه القضاء أن الضرر الأدبى كالضرر المادي كلاهما يوجب التعويض . وإذا كان الضرر الأدبى لا يمكن تقديره تقديراً ماديا دقيقاً فأن هذا لا يمنع من التعويض عنه تعويضاً مقارباً إذا لم يكن شافياً فهو على الأقل ينطوى على بعض الترضية للمجنى عليه (راجع فى نظرية عدم المسئولية عن الضرر الأدبى والرد عليها مازو بند ٣١٠ ، بند ٣٣٢) . من ذلك ما قررته محكمة ليون فى ١٨٩٦/٦/١٧ [دالوز ٩٨ — ٢ — ١٦٤] من أن زوج المتوفاه له الحق فى الحصول على التعويض عن الألم الذى أصابه من تشريح جثة زوجته بغير وجه حق وعلى خلاف ما أوصته به قبل وفاتها . [راجع دراسة كاملة لأحكام القضاء فى الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبى فى .
Ganot - La réparation du préjudice moral (thése, 1924. P. 77 et s .)

وفى تأييد الرأى بالتعويض : بودان ٤ بند ١١٥٥ ؛؛ كولان و كابيتان طبعة ٨ ج ٢ بند ١٨٧ ، ٣٧٣ ، حشمت أبو ستيت بند ٤٦٧ ، خيال مذكراته غير المطبوعة فى الالتزامات بلانيول طبعة ١٢ ج ٢ بند ٨٦٨ مكرر ، بلانيول إسمان ج ٦ بند ٥٤٦ ، جاردنا وريتشى ص ٢٩ ، جوسران طبعة ٢ ج ٢ بند ٤٤١ ؛؛ سوردا طبعة ٦ ج ١ بند ٣٣ ؛؛ ديموج ج٤ بند ٤٠٢ ، لا لو طبعة ٢ بند ١٤٩ ، طبعة أولى بند ٦١ ، ٦٢ ، سنهورى الالتزامات بند ٣٣٠ ، ٢٨٠ ، مرعى بند ١٢٤ ، ذهنى بك الالتزامات بند ٧٩٠ ، عرابى بك - تحقيق جنايات ج ١ ص ١١٨ ، ودى هلتس ٤ بند ٣٧ نقض ١٩٠٤/١٠/١٣ استقلال سنة ٤ ص ١٥٢ ، ١٩٠٥/١/١٤ استقلال سنة ٤ ص ١٦٥ ، ١٩١٥/٣/٢٥ مجموعة رسمية ٦ ص ١٥٦ ، ١٩٣٢/١١/١٧ ناصر رقم ٥٣٦٩ ، سم ١٩٠٧/٤/٩ B. L. J. ١٥ ص ٢٣٨ ، س مصر ١٩٣١/١١/١٧ محاماه ١٢ ص ٦١٥ رقم ٣١٠ ، م ١٩٣٠/١٠/١٦ ناصر حكم رقم ٥٣٧٠

وراجع فى النص على التعويض عن الضرر الأدبى المادة ١/٢٢٢ من القانون المدنى الحديث وص ١٩٦ ، ٣١٦ من المذكرة الايضاحية باللغة العربية ج ٢ .

(٢) مرعى بند ١٢٥ ؛؛

ولما كانت المسئولية الطبية تدور فى كثير من الصور حول الأضرار التى تنشأ عن وفاة مريض مات نتيجة خطأ فى العلاج فهناك محل للتساؤل عمن يكون له فى هذه الحالة الصفة فى المطالبة بالتعويض .

من الواضح أن لمن كان لهم الحق فى النفقة على المتوفى أن يطالبوا بالتعويض عن الأضرار المادية التى لحقتهم من جراء فقد عائلهم [١] . كذلك نعتقد أن كل من كان يتلقى مساعدة منتظمة من المتوفى له أن يطالب الطبيب بالمسئولية عن الأضرار التى تحملها . حقاً قد يقال إن الضرر بالنسبة له غير محقق ، إذ من يدرى لعل المتوفى لو شفى لقطع المساعدة عنه ، ولكن يرد على ذلك بأن الطبيب قد تسبب بخطئه فى تفويت فرصة حقيقية على الطالب فى الحصول على مساعدة المتوفى [٢] .

ولكن يجب أن يكون طالب التعويض مستنداً إلى حق مشروع [٣] فلا حق للخليلة مثلا فى التعويض عن فقد خليلها الذى كان ينفق عليها إذ لا يجوز لها أن تطالب بحق بناء على تلوث يديها .

وإلى جانب هؤلاء جميعاً قد يكون الطبيب مسئولا أمام أشخاص كانت تربطهم بالمتوفى علاقات العمل كدائن المتوفى الذى لا يستطيع مطالبة الورثة بتنفيذ عقد ذى صبغة شخصية عقده مع مورثهم [٤] . أما عن الآلام التى يقاسيها من

---

(١) مازو بند ٢٧٧ / ٣ . لاكاس بند ٦١ .

(٢) مزو بند ٢٧٧ / ٤ ، ٢٧٧ / ٥ . لاكاس بند ٦١ . لالو بند ٥٧ .
ديموج ج ٤ بند ٣٨٧ .
وقد أقرت محكمة النقض المصرية مبدأ التعويض عن الضرر الناشىء عن تفويت فرصة حقيقية على المجنى عليه (مصطفى مرعى — المسئولية طبعة ٢ بند ١٢٧ مكرر) .
قارن مصطفى مرعى بند ١٣١ فقرة أخيرة فى كتابه المسئولية المدنية طبعة ٢ ، وبند ٣٢٢ ، ٣٢٣ أيضاً .

(٣) مازو بند ٢٧٨ ؟؟ لاكاس بند ٦١ ، لولا بند ١٥٨ ؟؟
عكس : خيال فى محاضراته غير المطبوعة فى الالتزامات التى ألقيت فى سنة ١٩٣٨ على طلبة السنة الثالثة فى كلية الحقوق .

(٤) مازو بند ٦/٢٧٧ .

كانوا يتصلون بالمتوفى فلسنا نرى قصر الحق فى المطالبة بالتعويض عنها — كما ذهب البعض [١] — على أقارب المتوفى أو من كان لهم عليه حق النفقة ، بل على القاضى فى نظرنا أن يحكم بالتعويض كلما تبين أن الطالب قد لحقه من الأذى ما يصيبه فى شعوره بألم ، بالغ من الجسامة درجة تجعل منه ضرراً حقيقياً قد تحمله . [٢]

وإذا كانت القاعدة فى المسئولية أن التعويض يجب أن يتناسب مع قيمة الضرر [٣] فليس يخاف أن تقدير التعويض فى دائرة المسئولية الطبية كثيراً

---

(١) مازو بند ٣٢٣ ؛؛ لاكاس بند ٦٢ ؛ لالو Les ayants droit à l'indemnité à la suite d'accidents mortels, chron. D.H. 1931. P 25 - Mezeaud : Comment limiter le nombre des ections intentées en réperation d'un préjudice moral à la suite d'un décés accidentel. Chron. D.H. 1932. P. 77.

عكس : ديموج ج ٤ بند ٥٢٩ ، لالو طبعة أولى بند ٦٥

(٢) Perrau : Des droits de la personnalité. Revue Trim. 1909. P 511 et 513. ؛ مرعى بند ١٢٤ ص١٠٥ فى الآخر ، وبند ٣٢٣ . جاردناوريتشى ص٣١ بند ٩٧ ؛ القللى أصول قانون تحقيق الجنايات ص ١١١ . نقض عرائض ٢ / ٢/ ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ — ١ — ٣٨ وتعليق بيلون . وراجع م ٢/٢٢٢ من القانون المدنى الحديث و ص ١٩٦ ، ١٩٧ من المذكرة الايضاحية باللغة العربية ج٢ .

(٣) مرعى بند ٣٣٤ ؛ مازو ج ٢ بند ١٣٦٩ ؛ ديموج ج ٤ بند ٤٦٦ ؛ بودرى وبارد ج ٤ بند ١٨٧٤ .

ويرى البعض وجوب تناسب التعويض مع درجة الخطأ : —

راجع فوازينيه : ص ٢٩٥ ؛؛ خاصة ٢٩٧ . لوران ج ٢ بند ٥٣٠ . لاروميير ج ٧ م ١٣٨٢ بند ٢٨ . ربير القاعدة الخلقية ص ٣٢٦ . ديموج ج ٣ بند ٢٨٦ . بلانيول إسمان ج ٦ بند ٦٨١ . اهرنج الخطأ فى القانون الخاص ص ١٠، ٢٤، ٦٢ . نانسى ١٨٧٦/١٢/٩ دالوز ١٨٧٩ — ٢ — ٤٧ .

قارن : م ٢٣٧ من مشروع تنقيح القانون المدنى وهى توجب على القاضى فى تقدير التعويض مراعاة ظروف الجانى وجسامة الخطأ و ص ١٩٥ من المذكرة الايضاحية باللغة العربية ج ٢ .

وربير المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٨ ص٢٠١ وهو يرى أن عدة عوامل تتداخل فى تقدير قيمة التعويض يذكر منها رضاء المريض بالعلاج فانه قد يوجب تطبيق نظرية الخطأ المشترك ومقدار الأتعاب المدفوعة للطبيب ، فكلما زاد فى الأتعاب وجب أن ينال المريض ضماناً أكبر .

ما يكون عبئاً ثقيلا على عاتق القاضى . فهل من السهل مثلا تقدير التعويض فى حالة امرأة عجوز مصابة بالسرطان ماتت على أثر خطأ فى العلاج ، وهل من السهل حتى على الخبراء الاجابة على سؤال وجهته إليهم محكمة السين المدنية فى قضية أقارب تلك المرأة تطالبهم فيه بتوضيح ما إذا كانت العملية التى أجريت لها قد تسببت فى تعجيل وفاتها و إلى أى حد [1] ، وهل من السهل على القاضى تقدير قيمة الآلام التى عاناها المصاب فى أثناء العلاج وهى تدخل حتما فى عناصر الضرر الواجب تعويضه . و إذا كان من المستطاع تقدير قيمة التشويه الحاصل لراقصة قد يقضى على مستقبلها الفنى ، فعلى أى أساس قدر مستشارو محكمة ليون [2] الضرر الحادث لامرأة عجوز ذهبت إلى جراح تبغى إعادة كروية الشباب إلى ثدييها فلم تفز منه إلا بالتحامات وانكماشات أضافها العطار إلى ما أفسد الدهر. وهل أصابت المحكمة فى إلغاء الحكم الابتدائى الذى بنى على إنكار الضرر الذى تحملته المجنى عليها .

رابطة السببية :

ليس يكفى لتحقق مسئولية الطبيب أن يقع خطأ منه وضرر على المريض بل يجب أن تكون بين الخطأ والضرر علاقة سببية تجعل من الأول علة الثانى وسبب وقوعه .

والمحاكم لم تغفل البحث عن هذه العلاقة بل إنها اعتبرتها جوهر المسئولية ومناط وجودها . [3]

---

(١) راجع ديفلو ص٩٥ ؛ س . باريس ١٩٤١/١٠/٨
Dall. Analyt. de jurisp. 1941. 364.

(٢) ليون ١٩١٣/٦/٢٧ دالوز ١٩١٤-٢-٧٣ .

وراجع فى صعوبة تقدير التعويض عن الضرر الذى يصيب الانسان فى جماله .
M. Riegert : la notion de préjudice esthétique P. 54 in fine et s .

(٣) روان ٤ ديسمبر سنة ١٨٤٥ دالوز ريبرتوار جـ ٣٩ تحت كلمة مسئولية هامش ١ ص ٣٢٠ .

ديجون ١٤ مايو سنة ١٨٦٨ سيرى ٦٩ - ٢ - ١٢ دالوز ٦٩ - ٢ - ١٩٥ . الجزائر ٤ نوفبر سنة ١٨٩٣ سيرى ٩٥ - ٢ - ٢٣٧ دالوز ٩٥ - ٢ - ٦٩ . باريس ٤ مارس سنة ١٨٩٨ سيرى ١٨٩٩ - ٢ - ٩٠ دالوز ٩٨ - ٢ - ٤٤٩ . باريس ١١ =

وعلاقة السببية ركن مستقل عن التقصير [١] ، فقد يقع خطأ من الطبيب دون أن يكون هو السبب فيما أصاب المريض من أضرار ، كما لو أهمل الطبيب فى تعقيم آلاته أثناء تضميده جرحاً ثم مات المريض بنوبة فى القلب لا ترجع إلى الخطأ الذى ارتكب [٢] . ومن ناحية أخرى قد يموت المريض أو تسوء حالته نتيجة العلاج الذى أشار به الطبيب دون أن يمكن نسبة الخطأ إليه [٣] ، فمتى تعتبر رابطة السببية موجودة ؟

يناير سنة ١٩١٢ . Juris - classeur Responsabilité médicale, No. 32/1 P.15 نيم ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ مذكور فى ديفلو المرجع السابق ص ٩٧ . نقض ١٦ أبريل سنة ١٩٢١ سيرى ١٩٢٣ ــ ١ ــ ١٤٢ دالوز ١٩٢١ ــ ١ ــ ١٨٤ . دويه ١٩٢٤/٧/٢١ . juris class. Resp. med. No. 32/2 P 16 ليبج ١٩٢٨/١١/٨ بلجيكا القضائية ١٩٢٩ عمود ٦ . مونتبلييه ٢٩ مايو سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعى ١٩٣٤ ــ ٤٥٣ . ايفيل ٢ أكتوبر ١٩٣٥ G. P. ١٩٣٦ ــ ١ ــ ٧٦ دويه ١٦ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ــ٤٣٦ . باريس١٨مارس سنة١٩٣٨دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ــ ٣٧٧ .

وراجع الأحكام المذكورة فى لاكاس ص ٦٦ .

وراجع الحكم الصادر فى ٤ مارس سنة ١٩٠٤ مجلة الاستقلال سنة ٣ رقم ١٦٥ص ٨٥ .

وفى الأحكام المصرية :

راجع عابدين ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٢ حقوق سنة ١٨ص ٢٩٣ رقم ١٨٢ . مصر المختلطة ١٩٢٣/٤/٢٦ جازيت ١٥ ص ٨٨ رقم ١٣٢ . مصر ١٩٢٧/٥/٣ مجموعة رسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ ص٢٠. عضارين ١٩٢٩/٤/٩ حقوق سنة ٤٤ ص ١٦٩ . مصر الكلية ١٩٣٣/٥/٣٠ والحكم الاستئناف فى ١٩٣٦/١/٢ فى نفس القضية محاماة سنة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ مجموعة رسمية سنة ٣٧ رقم ٩٣ ص ٢٦٠ [والحكم الابتدائى غير منشور] . الاسكندرية الكلية ١٩٤٢/١٢/٣١ فى القضية رقم ٢٦٤ كلى سنة ١٩٤٢ .

(١) مازو بند ١٤٢٥ ، لاكاس بند ٨٠ ، بهجت بدوى ــ أصول الالتزامات جـ ١ بند ٣٠٦ ، ٣٠٧ .

(٢) لاكاس بند ٨٠ ص ٦٦ . مصر الكلية ١٩٣٥/٢/٤ محاماة سنة ١٦ رقم ٨٤ ص ١٨٩.

(٣) راجع حيثيات الحفظ فى قرار النيابة المشار اليه فى حكم محكمة مصر الصادر فى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٣ (القضية رقم ٧٨٧ كلى مصر سنة ١٩٣٢) .

قد يبدو هذا السؤال سهلا ميسر الجواب ، لكن الواقع أن تقرير علاقة السببية فى دائرة المسئولية الطبية شاق وعسير ، ذلك أن جسم الانسان وقوة احتماله لمضاعفات المرض أمر محوط بالأسرار الالهية ، فكثيرا ما تختلف تطورات المرض الواحد لغير ما سبب معروف حتى ليقف أكثر الأطباء إلماماً بفنه حائراً أمام هذه التطورات وما صاحبها من مضاعفات دون أن يستطيع بيان العوامل التى أثرت فى سير المرض أو نتيجة العلاج .

وأنا لنلمس بسهولة دقة الموضوع إذا رجعنا إلى بعض الحالات التى عرضت فعلا على المحاكم . فأحياناً تكون حالة المريض من الخطورة بحيث تكفى وحدها لتبرير وفاته أو الضرر الذى أصابه دون أن يمكن نسبة أى منهما إلى خطأ منسوب للطبيب [١] .

وقد تكشف الصفة التشريحية عن عيوب جسمانية كافية بذاتها لاحداث الوفاة وقد كان الطبيب يجهلها وقت أن باشر العلاج [٢] .

---

(١) راجع مثلا حكم محكمة باريس فى ١٨ مارس ١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ — ٢٧٧ وقد جاء فى حيثياته : —

"Considérant que le lien de causalité entre ce traitement et la radiodermite qui serait apparue à une date indéterminée n'est pas davantage démontré ; qu'il ne peut plus l'être puisque après les imputations l'origine des lésions ne saurait plus être actuellement décrite et que la nature de la maladie généralisée dont souffrait la dame Gabel suffirait à elle seule à expliquer les graves et douloureuses mutilations subies, que d'autre part l'affection de cette dernière a été soignée par de nombreux médecins et après la période de 1905 à 1912 seule incriminée; qu'aucune raison scientifiquement démontrée ne permet d'attribuer la cause des accidents survenus aux traitements prescrits durant cette seule période".

راجع أيضا نقض ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٥ Juris- classeur Responsabilité médic. No. 17 . سين ١٨٩٤/٧/٢٨ جازيت باليه ١٨٩٤ — ٢ — ٢٥٥ .

(٢) حصل مثلا أن طبيب مدرسة خليل أغا كشف على أحد الطلبة للنظر فى إعفائه من الألعاب الرياضية نقرر أن قلبه سليم ولا داعى لاعفائه . وذات يوم بينما كان الطالب يقوم =

وقد يتعاقب الأطباء الذين باشروا علاج المجنى عليه بحيث يتعذر معرفة إلى خطأ أى منهم يمكن نسبة الضرر الذى حصل (١) .

وأخيراً يحصل أن يموت المريض فتدفن معه الأسباب الحقيقية التى أودت

بالتمرينات البدنية سقط مغشيا عليه وتوفى . ولقد قرر الطبيب الشرعى بعد تشريح الجثة أن الغالب كان عنده استعداد للوفاة الفجائية من الحالة الليمفاوية التى اصطحبت بنقب بيضاوى فى القلب وأن من الممكن أن تكون الوفاة قد نشأت عن هذه الحالة المرضية فقط دون أن يكون للألعاب الرياضية دخل فى إحداثها . وطبيعى أن المحكمة لم تستطع أمام هذا التقرير إلا أن تقضى باعفاء الطبيب من كل مسئولية [مصر الكلية ١٩٣٥/٢/٤ محاماة سنة ٦٦ رقم ٨٤ ص ١٨٩] .

وراجع أيضا [حكم ليون فى ١٧ نوفبر سنة ١٩٠٤ سيرى ١٩٠٧–٢–١٣٣ ، ودالوز ١٩٢٠ – ١ – ٣٠] . وهو خاص بطبيب حقن مريضا بمقادير كبيرة من كلوريدرات الكوكايين أثناء إجرائه عملية استسقاء صفنى فمات . ولكن الصفة التشريحية كشفت عن التصاقات برئى لها وتصلب فى شريان الأورطة artériosclérose de l'aorte . نقضت المحكمة باعفاء الطبيب من المسئولية إذ لم يثبت لها أن الوفاة حصلت نتيجة المغالاة فى مقدار كلوريدرات الكوكايين التى حقن بها المريض . وأنه ما كان ليموت لو حقن بمقدار أقل مع وجود حالة التصلب فى شريان الأورطة والالتصاقات التى كشفت عنها الصفة التشريحية والتى ما كان فى استطاعة الطبيب أن يعلمها .

ويلاحظ أن ما أشار إليه الحكم من أن الطبيب لم يكن فى استطاعته أن يلم بالنواحى التى كشفت عنها الصفة التشريحية يحمل على الظن بأن الوضع كان يتغير لو كان الطبيب عالما بها وهو ما قرره القضاء فى مناسبات متعددة إذ يجب على الطبيب إذا ما أراد أن يدرأ عن نفسه كل مسئولية أن يفحص جيداً حالة المريض ويعمل حسابه لقوة استهدافه للمرض ودرجة احتماله للعلاج الذى يشير به .

(١) راجع حيثيات حكم باريس فى ١٨ مارس سنة ١٩٣٨ (دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ — ٣٧٧) ونلاحظ بمناسبة هذا الحكم أن توفر علاقة السببية لا يفترض أن يكون خطأ الطبيب هو السبب الوحيد فى الضرر الذى وقع بل يكفى أن يكون هذا الخطأ من بين الأسباب التى تفاعلت فى احداثه ولو كان بذاته غير كاف لذلك .

راجع أيضاً — حيثيات قرار الحفظ الصادر من النيابة بتاريخ ١٩٣١/٥/١٠ فى قضية عبد الحميد حمدى والمشار اليها فى حكم محكمة مصر الكلية الصادر فى ١٩٣٣/٥/٣٠ فى القضية ٧٨٧ كلى مصر سنة ١٩٣٢ وراجع حيثيات هذا الحكم أيضاً وعلى الأخص فى استبعاد تقرير الدكتور على باشا ابراهيم وفى الاستناد إلى تقرير الدكتور جاردنير .

بحياته بحيث تستحيل نسبة الوفاة على سبيل الجزم لما عساه أن يثبت على الطبيب من أخطاء [١] .

(١) راجع مثلا حكم محكمة الجزائر فى ١٨٩٣/١١/٤ (سيرى ١٨٩٥—٢—٢٣٧)

"...Attendu qu'il est reconnu que R... était assisté de la dame M... seule ; que les docteurs entendus sont unnanimes à dire que pour éviter les accidents possibles pendant l'anesthèsie d'un malade il est d'usage sans que cela soit cependant imposé par un règlement que l'opérateur soit assisté d'un collègue ou d'un aide, capable par ses connaissances médicales d'observer l'opéré et de reconnaitre les signes de l'action bienfaisante ou nocive de l'anesthésique pour la continuer ou la suspendre ; attendu que la dame M... ne peut être présumée possèder les connaissance d'un tel aide; que R... a eu tort de la choisir et de la garder pour l'assister; mais que rien n'établit que cette insuffisance de son aide ait été la cause du malheureux accident survenu, que si l'anesthèsie du jeune B... s'est différemment dissipée il n'est pas moint constant par la déclaration des témoins qu'elle a pris fin ; que dans ces conditions de fait il est impossible de dire que l'anesthèsie telle qu'elle a été pratiquée ait été la cause directe de la mort ; que pour rechercher si elle en a été la cause indirecte le tribunal serait obligé d'en arriver, ce qu'il doit s'interdire, à juger et apprécier des phénomènes pathologiques dont le mécanisme ainsi que l'a dit l'un des docteurs entendus n'est pas sans obscurité pour la science ;— attendu que s'il n'est pas certain que la mort ait eu pour cause directe l'anesthèsie il ne l'est pas davantage qu'elle ait été determinée par une hemorragie qui aurait été impossible à maitriser par suite de la faute de R..., que R... soutient avoir pratiqué l'hémostase selon le mode usité ; que rien aux débats ne vient établir contre lui qu'il en ait été autrement attendu que l'enfant a subi un premier pansement après l'opération avec la pommade M... ; que s'il est regrettable que R... ait cru devoir user d'une pommade dont il ne connaissait pas la composition et dont il ne pouvait dès lors prévoir l'effet thérapeutique il n'est point prouvé que ce pansement ait causé la mort, aucune analyse de la pommade n'ayant été faite qui ait indiqué dans sa composition la présence d'un toxique quelconque, — attendu qu'un deuxième pansement a été fait par R... accompagné de la dame M... qui est parti laissant l'enfant très affaibli à ce point d'ailleurs que la mort est survenue peu après son départ — Attendu que ce départ précipité est à bon droit reproché par la prévention a R... qui a reconnu ses torts quant à ce; mais qu'ici encore rien ne peut juridiquement établir que la présence continue de R... eut

conjuré l'issue fatale de l'opération ; qu'en l'affirmant le tribunal tendrait à assurer que la présence du docteur après l'opération d'une tumeur sauverait toujours le malade, tout au moins d'une mort immédiate; que si en abandonnant le jeune B... dans l'état d'épuisement où il se trouvait R... a évidemment méconnu son devoir, cet abandon ne peut être considéré comme la cause de la mort arrivée si peu de temps après le départ de R... ;

Attendu que toutes les prescriptions que le groupement des faits reproché à R... peuvent justement faire peser sur lui n'équivalent pas à la preuve juridique nécessaire au tribunal pour condamner les prévenus sur le chef d'homicide par imprudence ; que cette preuve qui peut être aurait pu être fournie par l'autopsie du cadavre du jeune B... en prescrivant cette mesure n'en est pas résultée, l'examen post mortem n'ayant pu être fait que tardivement alors que les ravages de la décomposition rendaient impossible la constatation d'une faute grossière".

ولقد تأيد هذا الحكم استئنافيا فى ١٨٩٤/٣/١٧ بحكم جاء فى حيثياته (سيرى ٩٥–٢–٢٣٧ ، دالوز ٩٥–٢–٦٩ : —

"Attendu que l'autopsie tardive du corps du jeune B... n'a pu suivant le rapport medico-légal de l'expert, déterminer les causes précises de la mort ; que, il est vrai, les autres éléments de l'instruction et des débats et notamment les déclarations précises et concordantes du médecin et des autres témoins entendus ont établi que des imprudences et négligences graves ont été commises par R... tant dans les conditions où il a pratiqué l'anesthésie du malade, que dans celle où il a opéré l'ablation de la tumeur; mais que de ces éléments il n'est pas résulté la preuve que les dites imprudences ou négligences ont causé la mort du jeune B... que les causes de cette mort n'ayant pas été déterminées d'une manière certaine, la prévention d'homicide par imprudence manque de base légale".

راجع أيضاً روان ٤ ديسمبر سنة ١٨٤٥ موسوعة دالوز ج ٣٩ كلمة مسئولية س ٣٢٠ رقم ١ ؛ بو أول مايو سنة ١٩٠٠ (سيرى ١٩٠٠–٢–٣٠١ ، دالوز ١٩٠٢–٢–٣٣) واستئناف بوخارست فى ١٩٢٨/١٢/١٢ (المجلة الفصلية سنة ١٩٣١ ص ٧٣٦ وتعليق اسكندر فاليماريسكو) وقد أعفى طبيباً من المسئولية عن حقنــه مريضاً بمصل فاسد بحجة أن الخبراء أجمعوا على عجزهم على ربط الوفاة بفساد الدواء لاحتمال أن تـكون الوفاة قد حصلت نتيجة رد فعل ذاتى ضد «النيوسالفرسان» وهو أمر شائع حتى لو لم يـكن المصل فاسدا ، ومن جهة أخرى فالجسم إذا كان سليما يحتمل المصل ولو كان فاسداً .

وينتقد اسكندر فاليماريسكو هذا الحكم بدعوى أن المبادىء الصحيحة تقضى بالاقرار بوجود علاقة السببية إذ لاشك أن الوفاة حصلت نتيجة استعمال النيوسالفرسان ، فعلاقة السببية متوافرة ولا يقدح فى وجودها أن تـكون طبيعة المتوفى قد تداخلت فى احداث النتيجة فنظرية تـكافؤ الأسباب — وهى النظرية السائدة فى الفقه الألمانى وتطبقها المحاكم الفرنسية — تعتبر سبباً كل =

والواقع أنه ليس بغريب أن تغم على القاضى بل وعلى أهل الخبرة من الأطباء معرفة سبب الأضرار التى حاقت بالمريض ، فالعوامل التى تؤثر فى سير المرض ونتائج العلاج متعددة متشعبة حتى ليصعب تتبع آثار الخطأ الصادر من الطبيب فى سهولة ووضوح [(١)] وآية ذلك ما قدره كبير الأطباء الشرعيين فى تقرير قدمه لمحكمة استئناف مصر فى دعوى مرفوعة على طبيب لخطئه فى العلاج بالأشعة قال : « ... إن الحالة الموجودة هى نتيجة عدة عوامل متجمعة مع بعضها وهى الندبة السميكة وطبيعتها والعدوى الجلدية المصاحبة لها بدليل وجود دمامل أقر بوجودها الطبيب المعالج والأشعة فوق البنفسجية والأدوية الكاوية التى استعملت بمعرفة الدكتور .... وأشعة رنتجن التى عملت بمعرفة الدكتور .... (طبيب آخر) ولا يمكن نسبة الحالة لعامل واحد بالنسبة لعدة هذه العوامل المتعددة كما لا يمكن تحديد التأثير الذى نتج من كل هذه العوامل على حدة ، ولو أنها من سوء حظ طبيب الأشعة أن عامل الأشعة كان العامل الأخير من هذه العوامل مما دعا المريض إلى نسبة حالته إلى هذا العامل فقط [(٢)] » وهذا ما انتهى اليه نقيب المهن الطبية

= فعل تدخل فى وقوع الضرر ولو لم يكن كافيا وحده لاحداثه .

ويرد على هذا الانتقاد بأن الخطأ المنسوب للطبيب ليس فى استعمال مادة النيوسالفرسان بل فى استعماله لها وهى فاسدة ، فلا بد أن تثبت العلاقة بين فساد المصل الذى حقن به المجنى عليه والوفاة وهو مالم يقم الدليل عليه .

(١) راجع حيثيات حكم باريس فى ١٨ مارس سنة ١٩٣٨ السابق الاشارة إليها وحكم روان فى ٤ ديسمبر سنة ١٨٤٥ (فى موسوعة دالوز جـ ٣٩ كلمة مسئولية رقم ١) وقد جاء فيه :

"Attendu que de l'instruction et des débats il ne résulte pas que l'emploi du médicament prescrit par le docteur ait causé la mort de la dame San-geron; que la preuve légale n'en est pas faite, puisque le doute résulte nécessairement des documents contradictoires du procès; attendu qu'en effet il est assez difficile pour les médecins même les plus habiles d'affirmer avec une certitude entière que dans tel ou tel cas donné c'est l'action de remèdes et non celle de la maladie qui a causé la mort...".

(٢) القضية رقم ٧٨٧ كلى مصر سنة ١٩٣٢ وقارن هذا التقرير والاستئنافين المقدمين فى نفس القضية برقم ١٠٠٩، ١٠٣٦ سنة ٥٠ قضائية بالتقارير المختلفة التى قدمت فى نفس القضية سواء أمام محكمة أول درجة أو فى الاستئناف ومنها يبين مدى اختلاف الرأى فى الحالة الواحدة .

سعادة على باشا إبراهيم فى تقرير قدمه لمحكمة استئناف مصر أيضاً فى دعوى مرفوعة على طبيب نسب إليه فيها أنه أعطى مريضاً حقناً نشأ عنها تسمم دموى عفن أدى إلى وفاته قال : « أرى أن سبب النهاية السيئة التى انتهت بها الحالة أكثر من واحد ، فحالة المتوفى الصحية السيئة التى تضعف من مقاومته للالتهاب مع احتمال عدم حيطة الطبيب الذى أعطاه الحقن الحيطة الكافية فى اختيار مكان الحقن إذ يسهل امتصاص الحقنة ذات الخمسة سنتمترات لو أعطيت بطريق العضل عنها لو أعطيت تحت الجلد و بالأخص جلد العضد حيث قد تتراكم عند تكرارها مما يؤدى إلى ضعف مقاومة الجلد والأنسجة فى مقابلتها للالتهاب. وكذلك احتمال عدم الحيطة فى تعقيم الابرة أو الجلد التعقيم الكافى وليس هذا فقط و إنما خطؤه فى تشخيص التهاب الذراع فى وقت مبكر مما قد يكون فوت على المتوفى فرصة العلاج الملائم فى الوقت المناسب » . وقد ختم سعادته تقريره بالعبارة الآتية : « أما تأثير الشق الجراحى (وكان قد أجراه للمريض طبيب آخر غير الذى أعطى الحقن استدعى عقب ظهور أعراض التسمم الدموى) واعتقادى أنه و إن كان غير مسبب للوفاة مباشرة إلا أن عمل الشق فى مكان ملتهب غير محدد أو متجمع فيه الصديد مما يعجل بالوفاة »[١] .

ماذا يفعل القاضى إذن لتحديد رابطة السببية فى حالات كهذه وهى الحالات الغالبة فى مسئولية الأطباء والجراحين ؟

وقفت بعض المحاكم حائرة أمام العوامل المتشعبة التى تؤثر فى نتيجة العلاج فمالت إلى التشدد فى تقدير علاقة السببية مقررة استبعادها طالما لم يثبت لها بطريق

---

(١) تقرير الدكتور على باشا ابراهيم فى قضية س م ٢٣ /١٩٤١/١ محاماه سنة ٢٢ ص ٢٥٨ رقم ٨٥ وقارنه بالتقارير الأخرى المقدمة فى نفس القضية من نائب الطبيب الشرعى وكبير الأطباء الشرعيين .

. وراجع أيضا تقرير الطبيب الشرعى فى س . م ١٩٤٠/٦/٤ فى القضية رقم ٦٤٥ سنة ٥٦ قضائية .

قاطع أن خطأ الطبيب قد تفاعل فى إحداث الضرر بحيث لولاه لما وقع [١] .

ونحن لا نقدح فى صحة المبدأ الذى قررته المحاكم ولكن يجب ألا يغرب عن البال لدى تطبيقه أن الطب فن لم يصل بعد إلى حد الكمال . فمهما كان المرض تافهاً والعلاج معروفاً فليس من طبيب يستطيع أن يضمن الشفاء ، والقول بأنه حتى تثبت علاقة السببية لا بد أن يثبت أنه لولا الخطأ الذى ارتكب فى العلاج لشفى المريض حتماً ، معناه فى الواقع إفلات الأطباء جميعاً من كل مسئولية . إنما علاقة السببية تعتبر متوافرة فى نظرنا إن كان خطأ الطبيب من شأنه أن يفوت على المريض فرصة حقيقية للشفاء [٢] .

وتقدير هذه الفرصة أمر مرجعه إلى الأصول العلمية والسير الطبيعى للأمور مع مراعاة حالة المريض ودرجة تقدم المرض فى جسمه . ومهمة القاضى فى ذلك غاية فى الدقة ، إذ عليه أن يفرق بين ما يرجع إلى أخطاء البشر وما يرجع إلى أحكام القضاء ونوازل القدر ، خاصة وأنه فى تتبع آثار الخطأ لن يجد ما يعتمد عليه سوى القرائن القوية المتفقة والمحددة [٣] . فإذا ثبت أن المرض فى سيره الطبيعى كان مودياً حتماً بالمريض سواء أعملت له العملية أم لم تعمل فلا يسأل الطبيب عن

---

(١) روان ٤ ديسمبر سنة ١٨٤٥ موسوعة دالوز ج ٣٩ كلمة مسئولية ص٢٣٠ رقم١؛؛ جزائر ١٨٩٣/١١/٤ و الحكم الاستئناف فى١٨٩٤/٣/١٧ سيرى٩٥—٢—٢٣٧ ؛ پو ١مايو سنة ١٩٠٠ سيرى ١٩٠٠ — ٢ — ٣٠١ دالوز ١٩٠٢ — ٢ — ٣٣؛؛ليون ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٤ سيرى١٩٠٧—٢—٢٣٣ دالوز١٩٢٠—١ـ٣٠؛؛ اسباليون ١٩٣٢/١٠/١٠ دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ـ٥٩٧ ؛ نقض ٢٧ ديسمبر سنة١٩٣٥ . Juriscl . Resp . Med . P 17 باريس ١٨ مارس ١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ـ٢٧٧ ؛ بوخارست ١٩٢٨/١٢/١٢ (المجلة الفصليةسنة ١٩٣١ص٧٣٦) مصر الكلية ١٩٣٥/٢/٤ (محاماة سنة ١٦ رقم ٨٤ ص ١٨٩) .

(٢) قرب هـــذه الحالة بحالة مالك الحصان يتعاقد مع متولى النقل على نقل حصانه الى بلد معين لينزله فى حلبة السباق فيتأخر الناقل فى توصيل الحصان مفوتا على صاحبه فرصة الربح .

(٣) بروكسل ١٢ يوليه ١٩٢٩ بلجيكا القضائية ١٩٣٠ عمود ١٨ وفى المجلة الفصلية سنة ١٩٣١ ص ٦٩٥؛؛ بنـد ٢٣ ، وتعليق جروليتش ولالو . سافاتيه ج ٢ بنـد ٧٧٩ ص ٣٩٦ .

موته [١] . أما إذا كانت حالة المريض بحيث تبعث على الاطمئنان إلى شفائه فإن أى خطأ من الطبيب المعالج يفوت عليه فرصة للشفاء يعتبر مرتبطاً بالضرر برابطة سببية كافية لنشوء المسئولية [٢] . وهو ما قضت به محكمة استئناف بو فى ٣٠ يونيه سنة ١٩١٣ [٣] ، إذ قررت أنه لا يمكن القول — اللهم إلا بانكار فائدة التدخل الطبى — بعدم توفر علاقة السببية بين وفاة .... والإهمال الفاحش الذى ارتكبه Ribeton ، وأن هذه العلاقة من الممكن إثباتها بكافة الطرق و بالتالى بطريق القرائن ، وأنه يكفى أن يثبت أن المريض كان سليما وفى ريعان شبابه أى فى ظروف يفترض معها أن عناية مناسبة كانت تعطيه أكبر قسط من المقاومة ومن جهة أخرى فإن التجارب دلت على أن الالتهاب الرئوى إذا عولج فى بدايته فإنه غالباً ما ينتهى إلى الشفاء . ثم انتهت المحكمة إلى القول بأن الظروف السابقة تكون فى مجموعها قرائن قوية ومحددة وكافية لاقناعها بأن إهمال ريبيتون قد سمح للمرض بأن يستفحل أمره إلى الحد الذى لم يكن من الممكن معه تلافى الوفاة .

من أجل ذلك لا نوافق محكمة استئناف بو فيما ذهبت إليه بحكمها الصادر فى أول مايو سنة ١٩٠٠ من أنه حتى يكون الطبيب مسئولا إذا تخلف عن تقديم خدماته للمريض ، لا بد أن يثبت أن هذه الخدمات كان من شأنها قطعاً أن تنقذ حياته [٤] .

---

(١) العصارين ٩/٤/١٩٢٩ .

(٢) سافاتييه جـ ٢ بند ٧٧٩ ص ٣٩٦ ؛ نقض ١٦/٤/١٩٢١ دالوز ١٩٢١—١—١٨٤ ، نانسى ١٩/١/١٩٢٨مع نقض١١/١/١٩٣٢ سيرى ١٩٣٢—١—١١٠ .

(٣) بو ٣٠ يونيهسنة ١٩١٣ سيرى ١٩١٣ـ٢ـ٢٧٧ دالوز ١٩١٥ـ٢ـ٤٩ .

(٤) بو أول مايو سنة ١٩٠٠ سيرى ١٩٠٠ — ٢ — ٣٠١ . وقد جاء فى حيثياته

«Attendu que dans certains cas particuliers les tribunaux ont trouvé le principe d'une responsabilité civile dans le fait du médecin qui après avoir promis de se rendre auprès d'un malade manquait à sa promesse, mais que pour qu'il y ait lieu d'appliquer cette jurisprudence il faut que la partie établisse: 1er. que c'est volontairement que l'homme de l'art ne s'est pas rendu auprès du malade; 2e. que ses soins auraient certainement sauvé la vie du patient; enfin que s'il n'avait pas promis de venir on aurait pu s'adresser à un autre médecin.

فإنه يكفى فى نظرنا لوجوب مسئولية الطبيب أن يكون قد فوت على المريض فرصة حقيقية للشفاء .

وإلى جانب هذا القضاء نجد بالعكس أحكاماً مالت إلى تلافى الخوض فى بحث التطورات المرضية وتتبع أثر خطأ الطبيب فى نتيجة العلاج ، مكتفية باثبات ذلك الخطأ لترابط بينه وبين الضرر الذى حصل للمريض (١) .

= وقارن ظروف حكم محكمة الجزائر فى ١٨٩٣/١١/١٤ سيرى ١٨٩٥—٢—٢٣٧ وراجع حكم محكمة اسباليون فى ١٩٣٢/١٠/١٠ (دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ — ٥٩٧) فانها نفت وجود علاقة السببية بدعوى أن مصل التيتانوس حتى لو حقن به الشخص عقب إصابته مباشرة ليس ناجعاً دائماً وبالتالى فليس مؤكداً أن الطبيب لو كان قد حقن المصاب لدرأ عنه الموت . والحكم فى نظرنا منتقد من هذه الناحية لأن مصل التيتانوس إن لم يكن من شأنه درء الوفاة قطعاً فهو وقاية ناجحة فى كثير من الأحيان فترك الطبيب الحقن به مضيع لفرصة يغاب معها الظن بالشفاء .

(١) باريس ١٩١٩/٦/٢٦ دالوز ١٩١٩—٢—٧٣ والتعليق ؛ المجلة الفصلية سنة ١٩٣١ ص ٧٣٦ من تعليقات اسكندر فاليارسكو ، وجاردنا وريتشى ص ٣١٣ بند ٢٠٠ ، مونتبلييه ١٩٣٤/٦/٧ دالوز الأسبوعى ١٩٣٤—٤٨٣ فى قضية تلخص ظروفها فى أن طبيباً استدعى زميلا له لاستشارته فى علاج امرأة مصابة بحمى نفاس غير أنه لم يتبع العلاج الذى أشار به فانتهى الأمر بوجوب إجراء عملية للمريضة حتى تشفى .

قررت المحكمة أن الطبيب أخطأ فى عدم اتباعه ما أشار به زميله وأضافت الى ذلك قولها :

«S'il n'est pas possible d'affirmer que le traitement rationellement indiqué qui n'a pas été mis en oeuvre, eut permis à la malade de guérir sans dommages, il est certain tout au moins que les fautes commises par le Dr. R. en privant celle-ci du traitement approprié ont eu pour conséquence d'aggraver son état».

وراجع أيضاً ليبج ٢٧ نوفبر سنة ١٨٩٩ (بلجيكا القضائية ١٨٩٠ ص ٤٧١) — سيرى ٩٥—٢—٢٣٧ هامش ١ وهو خاص بعملية قصد منها رفع السوس من عظام طفل فى الثالثة من عمره أجريت له بغير أخذ رضاء والده . وقد جاء فى حيثيات الحكم :

«Attendu que l'opération faite, la gangrène s'est déclarée et que le pied est tombé ou a du être amputé. Attendu que le tribunal se trouve ainsi en présence d'un fait (l'opération illicitement pratiquée) qui pouvait amener la gangrène et à la suite duquel elle s'est réellement produite».

ولما كان الطفل قد مكث فى المستشفى قبل العلاج وبعده مدة ستة أسابيع فقد أضافت المحكمة إلى ما سبق قولها : =

ولـكن هذا القضاء مبنى على اعتبار غير صحيح ، إذ لا يكفى مجرد اقتران الخطأ بالضرر ولا أن يلحق الضرر الخطأ لقيام رابطة السببية بينهما [١] . فالعبارة اللاتينية القائلة «لا حق له إذن ناشىء عنه» والتى تعتبر نوعاً من خطأ التعليل فى علم المنطق تصور نفس الخطأ فى المسئولية الطبية .

ثم إن القرينة التى وضعها الحاكم على عاتق الأطباء هى من الشدة بحيث تهددهم فى نشاطهم الذى لا غنى عنه للجماعة الانسانية . فأى طبيب يستطيع أن يطمئن إلى مزاولة مهنته إذا علم أن أى خطأ يصدر منه سوف يقرن بما يلحق المريض من أضرار قد تـكون محتومة مع تطورات المرض ومضاعفاته . ولو فرضنا أخيراً صحة هذه القرينة مع أنها فى الواقع بعيدة عن أن تصور حقيقة غالبة كما ينبغى أن تـكون الحال فى كل القرائن — فليس من شأن القضاء أن يضعها .

حقاً إن السببية ليست بالشىء الذى يرى أو يلمس وإنما هى رابطة يستنتجها القاضى من الظروف التى يستخلص منها القرائن الدالة على توفرها . وإذا كان للقاضى أن يبحث بنفسه العلاقة المنطقية التى تربط بالسببية المصادفات المتوالية طبقاً لعناصر كل دعوى ، فعلى القاضى فى دعاوى المسئولية الطبية بالذات أن يرعى منتهى الحرص فلا يسارع إلى وضع قرائن قد تأباها الحقائق العلمية ويرفضها نطس الأطباء .

لهذا كان لا مناص فى نظرنا من الرجوع إلى أهل الخبرة فهم أدرى بسبب الأضرار التى قد يتحملها المريض وأقدر على إنارة السبيل أمام القضاء ليظهر له ما

= «Attendu dans ces conditions que si une cause autre que l'opération illicite avait pu amener la gangrène, Dechamps ne l'aurait pas ignorée et qu'il aurait certe demandé à l'établir d'autant plus que cette preuve eût été facile à faire en raison du séjour prolongé de l'enfant dans un hopital fréquenté par de nombreux médecins; attendu qu'il ne peut dés lors être douteux que la gangrène à été la suite directe et immédiate de l'opération pratiquée...»

(١) بردو ٣١ أكتوبر سـنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٩ — ٢٨ سافاتيه بند ٧٧٩، ٤٥٩ .

إذا كان الخطأ شرطاً جوهرياً لحدوث الضرر أم أن الضرر كان لا بد واقعاً بغض النظر عن الخطأ المنسوب للطبيب .

وجدير بالذكر أن الرأى الغالب فى الفقه الحديث لا يتشبث بوجوب كون الضرر ناشئاً مباشرة عن الخطأ ، فعلاقة السببية تتوافر ولو فصل بين الخطأ والضرر عامل آخر متى كان الخطأ شرطاً ضرورياً لوقوع الضرر (١) .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية فى ١٩٢٦/١٢/١٤ (٢) بمسئولية الطبيب المدير لمؤسسة صحية وضعت فيها مريضة بالأضطراب فى القوى العقلية

---

(١) سافاتييه بند ٧٧٩ ؛ جارو جـ ٥ بند ٢٠٥٨ ص ٤٢٢ ، الدكتور السعيد وكامل مرسى ص٣٦٦ ، جندى عبد الملك ج ٥ ص ٨٥١ رقم ٣٨٦ ، الدكتورخيال فى محاضراته غير المطبوعة سنة ١٩٣٨ على السنة الثالثة وهو يضرب مثلا للضرر غير المباشر الذى يسأل عنه من تسبب فيه حال مالك يعد مستودعاً للمواد الملتهبة نترتب قيمة التأمين للجيران . وهو يقول بالمسئولية التقصيرية عن الضرر غير المباشر كلما توفرت علاقة السببية إذ المادة ١٢١ من القانون المدنى لا تنطبق بألفاظها إلا على المسئولية العقدية .

راجع أيضاً حكم الجزائر فى ١٨٩٣/١١/٤ سيرى ١٨٩٥-٢-٢٣٧ ؛ لاغرو إذن إن كانت محكمة العطارين الجزئية بحكمها التمهيدى الصادر فى ١٩٤١/٢/٢ فى القضية رقم ٢٣١٥ مدنى العطارين سنة ١٩٤٠ قد علقت الفصل فى القضية على سؤال من ضمن عدة أسئلة — وجهتها إلى كبير الأطباء الشرعيين تطلب منه فيه بيان ما إذا كانت «حالة الفلبيت التى أصيبت بها (الست مارى قلتة أبادير) تمت بصلة قريبة أو بعيدة للشق القيصرى الذى أجرى لها » .

قارن : ماورد فى حيثيات حكم محكمة مصر فى ١٩٢٧/٥/٢١ (مجموعة رسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ ص ٢٠ ، حقوق سنة ٤٤ رقم ٥٠ ص ٣٣٧) عن الحكم الابتدائى الصادر من محكمة الخليفة فى ١٩٢٧/١/١٣ .

عكس : وديع فرج محاضراته غير المطبوعة فى قسم الدكتوراه سنة ١٩٤٣ فى المسئولية المهنية، محمد على إمام ص ٣١٥ فى الآخر ، مرعى بند ١٣٤ ، سنهورى الالتزامات ٢٨١ ، ٣٣٥ ، حشمت بند ٤٧٥ ، ٤٨٢ ، باريس ١٨٩٥/١/١١ سيرى ١٨٩٧-٢-٢٧٣ ومذكرة تيسير ، دويه ٢٣ مارس سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٢-٢-١٦٧ ، باريس ١٩١٩/٦/٢٦ سيرى ٢٢-٢-١١٣ ، بلانيول اسمان ج٦ ص ٧٣٩ ، ريبير القاعدة الخلقية بند ١١٧ .

(٢) نقض ١٩٢٦/١٢/١٤ دالوز ١٩٢٧-١-١٠٥ وتعليق جوسران سيرى ١٩٢٧-١-١٠٥ وتعليق إسمان ، باريس ١٩٣٢/٧/٤ دالوز ١٩٣٣-٢-١١٣ .

وقد حكمت بأن الجراح الذى يترك المريض وهو تحت تأثير البنج يسأل عن الحروق التى تصيبه من حافظات الماء الساخن التى وضعت له عقب العملية ، باريس ١٩٣٥/٩/١ سيرى ١٩٣٥-٢-٢١٣ ، عرائض ١٩٣٨/١/٤ جازيت باليه ١٩٣٨-١-٤٧٥ .

فتمكنت من الهروب ، وبعد مدة وجدت هائمة فى الطريق وقد تجمد قدماها الأمر الذى استلزم بتر أحديهما .

وإذا كنا لمسنا الآن مدى الصعوبة التى تعترض القاضى فى استخلاص علاقة السببية فى دائرة المسئولية الطبية فانه يبقى علينا أن نتبين أن مجرد اعتبار خطأ الطبيب سبباً من الأسباب التى تدخلت فى إحداث النتائج السيئة التى انتهى إليها العلاج لا يحل لنا الاشكال بل يبقى علينا أن نتبين أثر العوامل المختلفة فى مدى مسئولية الطبيب .

والواقع أنه متى قام الدليل على الخطأ وثبت أنه قد نشأ عنه الضرر كان الطبيب ملزماً بدفع تعويض كامل يتناسب مع جسامة الضرر[١] ، ومن ثم لا يمكننا أن نقر حكم محكمة إكس فى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٠٦ فيما ذهب إليه من أن مسئولية الطبيب الذى أخطأ بإجراء تجارب علمية على جسم المريض لم تكن تدعو إليها حالته الصحية ، يجب أن تخفف بالنظر إلى الغايات التى يرمى إليها من وراء تجاربه[٢] . والانتقاد نفسه يوجه لحكم محكمة فلانسيين فى ١٩٣٠/١٠/٢٦[٣] الذى خفض التعويض المحكوم به بدعوى أن خطأ الطبيب الذى أهمل فى حقن المريض بمصل التيتانوس يخفف منه قلة الاصابة بهذا المرض فى المنطقة التى جرح فيها المجنى عليه . بل إن محكمة السين فى ١٩٣٥/٥/١٦[٤] ومحكمة باريس فى ١٩٣٨/٥/١١[٥] قد أصابتا إذ قضتا بتعويض كامل فى حالة التجارب الطبية .

على أنه إذا تعددت الأسباب على وجه لم يكن خطأ الطبيب فيه إلا أحد العوامل التى تفاعلت فى إحداث الضرر ، فهل يظل مسئولا عن تعويض الضرر

---

(١) مازو بند ٥١٢ .

(٢) إكس ١٩٠٦/١٠/٢٢ دالوز ١٩٠٧—٢—٤١ بازيكريزى بلجيكا ١٩٠٧—٤—٣٧ .

(٣) جازيت باليه ١٩٣١—٢—٣٤٨ تحت موناكو ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ .

(٤) سيرى ١٩٣٥—٢—٢٠٢ .

(٥) سيرى ١٩٣٨—٢—٧١ .

كاملا أم أن له أن يستند إلى وجود أسباب أجنبية عنه ليخفض من التعويض الذى يلزم بدفعه (١) .

يحسن بنا أن نفرق بين أحوال ثلاث :

أولا — حالة ما اذا كان الضرر الذى أصاب المريض يرجع الى خطأ الطبيب والى خطأ من الغير :

إذا اشتركت فى إحداث الضرر عدة عوامل بعضها منسوب إلى الطبيب والبعض الآخر منسوب لغيره فيبحث كل عامل على حدة ، فان ثبت أنه لولاه لما وقع الضرر اعتبر سبباً فى حدوثه . وعلى ذلك تعتبر أسباباً جميع العوامل التى ساهمت فى وقوع الضرر للمريض وكلها متعادلة من حيث ترتب المسئولية بمعنى أن المسئولية يجب أن توزع بين الطبيب وغيره بالتساوى (٢) .

---

(١) لا شك انه إذا كان هناك تضامن بين الطبيب وغيره فى المسئولية عن الضرر يكون الطبيب مسئولا قبل المريض عن دفع التعويض الكامل ولكن هذا لا يمنعه من الرجوع على غيره من المشتركين معه فى المسئولية .

(٢) وهذا الرأى أساسه نظرية تكافؤ الأسباب التى استنبطها العالم الألمانى Von Buri (مازو — المسئولية بند ١٤٤٠ ، ١٤٤١ مارتو ص ١١٩ ، ١٢٧ ، ديموج ج ٤ بند ٣٧٢ ، ٣٦٦ ، ج ٦ بند ٢٦٣ ، سنهورى الالتزامات بند ٣٣٦ ، حشمت بند ٤٧٦ ، ٤٨٠ ، لالو طبعة ٢ بند ١٤٧ ، قارن إسمان المجلة الفصلية سنة ١٩٣٤ ص ٣١٧ ، بند ٥) والتى أخذ بها القضاء فى مصر وفرنسا وبلجيكا . أما الانجليز والأمريكان فلهم نظرية خاصة فى ذلك يميزون بها بين الأسباب المباشرة وغير المباشرة وقد تأثرت بهـذه النظرية بعض الأحكام المختلطة .

وفى ألمانيا وجه كثير من النقد إلى نظرية تعادل الأسباب وعارضها Von Krie بنظرية السببية الفعالة ومقتضاها ألا يعتبر من بين العوامل التى اشتركت فى حصول الضرر سبباً فعالا إلا ما كان من شأنه بحسب السير الطبيعى للأمور أن يحدث الضرر (راجع فى الأخذ بنظرية السببية الفعالة فى دائرة المسئولية الطبية ، أميل تيلو — المجلة الفصلية ١٩٣٢ ص ١٢٠٢ ، وكما يبدو حكم ٤ مارس سنة ١٩٠٤ استقلال سنة ٣ ص ٨٥ رقم ١٦٥ ، وراجع فى تحليل فكرة السببية القللى فى كتابه المسئولية الجنائية ص ٣٣ ؛؛ مارتو ص ٨٨؛؛ ديموج ج ٤ بند ٣٧٢ ؛؛ مازو بند ١٤٤١ ، أحمد بك أمين شرح قانون العقوبات ص ٣٠٥ ؛؛ .

وقد يبدو لأول وهلة أن العدالة تقضى بألا يتحمل الطبيب من المسئولية إلا بقدر ما أثر فعله فى حدوث الضرر [١] ولكنا نصطدم بعقبات كأداء إن أردنا أن نقدر نصيب خطأ الطبيب فى إحداث الضرر إذ كيف يتسنى القول بأن له النصف أو الثلث فى إحداث الضرر ؟ وما محصل هذا القول ؟ والواقع أن كل فعل كان سبباً فى الضرر بأكمله لا فى جزء منه .فإذا لم يكن الفعل ما كان للضرر أن يكون . ومقتضى ذلك أن من تجمعت بالنسبة له عناصر المسئولية يجب أن يلزم بتعويض الضرر كاملا دون أن يكون له الحق فى الادعاء بأن خطأه ليس إلا سبباً جزئياً فى إحداث الضرر .

وليس معنى ذلك أنه يتحمل وحده فى النهاية عبء التعويض بأسره لأن حمل ذلك العبء لا يكون إلا إذا كانت العوامل الأخرى التى تفاعلت فى إحداث الضرر لا تكون أخطاء . إنما يتغير الحكم إذا وجدت إلى جانب خطأ الطبيب أخطاء أخرى صادرة من أشخاص آخرين . ففى هذه الحالة يكون للطبيب الذى حكم عليه بالتعويض الكامل أن يرجع على من ارتكب الخطأ الآخر ما دام أنه بغير هذا ما حصل الضرر وما كانت المسئولية ، وسننتهى حتما إلى قصر حقه فى الرجوع على نصف ما دفع وهكذا تتوزع المسئولية بالتساوى على عدد الرؤوس ، وتلك نتيجة حتمية لاعتبار كل خطأ اشترك فى إحداث الضرر سبباً معادلا للآخرين . [٢] ومع ذلك فان المحاكم الفرنسية عند تحديد نصيب كل فى المسئولية خلطت بين الخطأ ورابطة السببية فقسمت المسئولية بحسب جسامة الخطأ الصادر ممن اشتركوا فى إحداث الضرر [٣]. وليس هذا القضاء إلا مظهراً للاتجاه نحو تقدير التعويض

---

(١) راجع فى أن المسئولية تتحدد بحسب القدر الذى ساهم به الشخص فى حدوث الضرر Muteau: De la responsabilitécivile. P 418.

(٢) مازو بند ١٤٤٣ ، ١٩٧٠ ، ١٩٧١

(٣) عرائض ٣٠ يناير ١٩٢٩ سيرى ١٩٢٩—١—١٩١ نقض ٢٠ مايو ١٩٣٥ سيرى ١٩٣٦—١—٥٤ عرائض ١٥ يوليه ١٩٣٥ سيرى ١٩٣٥—١—٣٤٣ مارتو ١٧٩ ؟؟ وفوانيه ص ٣٢٦ ؟؟. هوجينى فى سيرى ١٩٣٥—١—١٥٣ جوسران طبعه ٢ بند ٤٥٠/٢ =

حسب جسامة الخطأ [١] وهو من هـذا الوجه منتقد إذ يجعل من التعويض عقوبة مدنية تقاس بحسب درجة الجرم بينما يجب أن تظل المسئولية وسيلة لإعادة التوازن المفقود بين الذمم و إصلاح الاضرار التي يتحملها الفرد بخطأ الغير .

ثانياً — حالة ما اذا كانت العوامل التي اشتركت في احداث الضرر يرجع بعضها الى فعل المريض :

لا شك أن فعل المريض كي يؤثر على مسئولية الطبيب يجب أن تربطه بالضرر علاقة سببية [٢] فإذا كان الضرر راجعاً إلى فعل الطبيب فحسب فعليه وحده عبء التعويض . أما إذا كان الضرر راجعاً إلى خطأ المريض والطبيب معاً فان المسئولية توزع بينهما [٣] .

= بلانيول اسمان ج ٦ ٥٧٠ بند ٦٨٧ ديموج ج٤ بند ٧٦٨ ، ٧٨٣ ، ٧٩٧ لالوطبعة ٢ بند ٣٤٨؛ روسو في سيرى ١٩٣٠—٤—١٧؛ مازو بند ١٤٤٣ ، ١٦٤١ ، ١٩٧٤ حشمت أبو ستيت بند ٤٧٦؛ م ٢٣٦/٢ من مشروع تنقيح القانون المدنى ، وقد نصت على أنه «يرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقين بنصيب يحدده القاضى حسب الأحوال وعلى قدر جسامة الخطأ الذى وقع من كل منهم فان استحال تحديد قسط كل منهم من المسئولية تكون القسمة سوية بينهم» .

وهذه المادة كما جاء فى المذكرة الايضاحية مقتبسة من المادة ٨٤ من المشروع الفرنسى الايطالى و١٣٧ من القانون البولونى . والواقع أن هناك تناقضا بين أن يقرر المشروع قاعدة التضامن بين المسئولين ثم يوزع المسئولية بينهم على مدى مساهمة كل منهم فى الضرر الحادث إذ المفروض أن التضامن بنى على فكرة تعادل الأسباب أى على أن عمل كل منهم قد أحدث الضرر بأكمله ومن ثم فسئوليته قبل المضرور كاملة ثم إن كان هناك وجه لتوزيع المسئولية بينه وبين غيره فالمفروض أن يكون التوزيع بالتساوى . لا غرو إذن إن كان المشرع قد ألغى هذه الفقرة من المادة فى الوضع الذى انتهت إليه صياغة المادة ١٦٩ من القانون المدنى الحديث .

(١) راجع م ٢٣٧ من مشروع تنقيح القانون المدنى . وقارن النص الذى انتهت إليه صياغة المادة فى القانون المدنى الحديث م ١٧٠ .

(٢) لاكاس بند ٨١ .

(٣) على أن البعض يستندون إلى فكرة أن الشخص لا يجوز له أن يؤسس دعواه على تلوث يديه ليرفضوا كل حق للمجنى عليه فى التعويض ما دام قد اشترك بفعله فى إحداث الضرر . =

وإذا كان وضع هذه القاعدة أمراً هيناً فأن تطبيقها يثير مشكلتين : — فمن ناحية إذا اشترك الطبيب مع المريض فى إحداث الضرر فهل لا يمكننا أن نقول مع ذلك إن أحد الخطأين يجب الخطأ الآخر بحيث يبقى من الناحية القانونية السبب الوحيد للضرر .

ومن ناحية أخرى هل لا يكون من المناسب إذا كان خطأ المريض نتيجة لخطأ الطبيب أن نعتبر الخطأ الأصلى وحده سبباً للضرر .

١ — حالة جب أحد الخطأين للآخر :

يميل بعض الشراح ومعهم طائفة من الأحكام إلى القول بأن الخطأ الجسيم قد يجب ما سواه من أخطاء إذا كانت أقل منه جسامة بحيث يبقى هو السبب الوحيد للضرر [1] .

وهذا الرأى مبنى على خلط غير مستساغ بين ركنى الخطأ وعلاقة السببية فضلا عن أن الخطأ لا تختلف درجاته فانه من غير المقبول أن يقال بانتفاء مسئولية شخص عن خطئه لأن خطأ أشد جسامة وقع من شخص آخر وتفاعل فى إحداث الضرر ، إنما تنتفى المسئولية حقاً عن الشخص الأول ان انقطعت رابطة السببية بين فعله والضرر الذى وقع وهكذا يمكن أن نحصر المسألة فى حالتى الخطأ العمدى وقبول الضرر .

= ولقد كانت هذه الفكرة هى السائدة فى القانون الرومانى . [راجع فى القانون الرومانى Pomponius فى دالوز ١٨٥٠—١٧—٢٠٣ وفى القانون الفرنسى ديمولومب جـ٨ بند ٥٠٣ ورد فى سيرى ١٩٣٠—١—٣٣ ولقد انتقد هذه المذكرة للمعلق فى سيرى ورسو فى مذكر سيرى ١٩٣٠—٤—١٧] .

(١) مرعى بند ١٤١ بلانيول اسمان بند ٥٤٠ جـ٦ جوسران طبعة ٢ جـ٢ بند ٤٥٠/١ ديموج جـ٤ بند ٧٩٨ قارن مازو بند ١٤٨٠ وفوازينيه ص ٣٥٠؟؛ ونقض ١٩٣٢/١١/٢٨ محاماه سنة ١٣ ص ٨١٥ رقم ٤١ .

ا) الخطأ العمدى :

إذا أراد المريض الضرر لنفسه وتعمد إحداثه فعليه وحده عبء المسئولية حتى إذا كان سلوك الطبيب قد انطوى على الخطأ [١] .

ولتبرير هذا الحل لا يمكننا أن نشارك المحاكم فيما ذهبت إليه من أن أحد الخطأين أشد جسامة من الآخر وهو من ثم يجبه فالتعويض المدنى لا يقاس بدرجة جسامة الخطأ بل علينا أن نطرح المسألة على بساط رابطة السببية فنلحظ فوراً أن الخطأ العمدى هو السبب الفذ فى الضرر بل قد لا يعدو خطأ الطرف الآخر أن أن يكون ظرفاً اعتمد عليه الأول فى تنفيذ أغراضه [٢] .

ب) رضا المجنى عليه :

لا شك أن المريض غالباً ما يعلم الأخطاء التى تعرضها له عملية جراحية أو علاج بالأشعة ولكن ليس معنى ذلك أنه يتقبل الأضرار الناشئة عنه [٣] بل لا بد أن يثبت من ملابسات الدعوى اتجاه إرادة المريض فعلا إلى هذا القبول كما لو وضع نفسه بين يدى جراح لاجراء عملية لا تدعو إليها حالته الصحية متقبلا فى ذلك ما قد ينشأ عن إجرائها من إضرار . فاذا ثبت أن إرادة المريض اتجهت إلى هذا المعنى فهل يعفى الطبيب من المسئولية ؟

أغلب الشراح يستوحون الاجابة على هذا السؤال من أحكام القانون الجنائى

---

(١) مازو بند ١٤٨٢ ، ومن باب أولى لا مسئولية على الطبيب إذا لم يثبت حصول خطأ منه بل كان فشل العلاج راجعاً إلى خطأ المريض وحده (الاسكندرية الابتدائية فى ١٩٣٩/٧/٨ فى القضية رقم ٢٢٦ سنة ١٩٣٨ كلى) قرب نقض ١٩٣٢/١١/٢٨ محاماة سنة ١٣ ص ٨١٥ رقم ٤٠١ وحشمت بند ٤٨٧ .

(٢) مازو بند ١٤٨٢ ، ١٤٨٣ ، على بدوى ص ٤٣٦ . قرب القللى المسئولية الجنائية ص ٢٣١ .

(٣) لاكاس بند ٨٣ .

رغم أن القواعد التي تحكم كلا من المسئوليتين المدنية والجنائية جد مختلفة .

ففي دائرة القانون الجنائي العبرة بفعل الجاني وما إذا كانت تتوافر فيه أركان الجريمة . ومن أجل ذلك هم يفرقون بين أنواع الجرائم فيطبقون المبدأ القائل بأنه « لا يضار من تقبل الضرر » على بعض الجرائم كالسرقة ثم يرفضونه في جرائم أخرى كالقتل والجرح[١] .

ومثل هذه التفرقة ليس لها ما يبررها في القانون المدني فعلى أي أساس تحل المشكلة؟

لا شك أن رضاء المريض لا يرفع صفة الخطأ عن فعل الطبيب إذ عليه أن يرعى اليقظة حتى قبل من يدعوه إلى التفريط[٢] .

فلو ثبت أن الجراح أجرى عملية خطرة لا تدعو إليها حالة المريض الصحية فان رضاء المريض لا يرفع صفة الخطأ عن فعل الجراح بل انه يعتبر مخطئاً حتى لو كان المريض هو الذي دعاه إلى إجراء العملية وألح في دعوته متقبلا كل النتائج التي قد تسفر عنها[٣] .

ومن جهة أخرى لا يمكن حمل رضاء المجني عليه بالضرر على أنه اتفاق للاعفاء من المسئولية بينه و بين الطبيب ففضلا عن أنه مع التسليم بوجود مثل هذا الاتفاق الضمني فهو باطل لمساسه بسلامة جسم الانسان[٤] .

و يبقى إذن ان خطأ المجني عليه قد تفاعل مع خطأ الطبيب أو الجراح في احداث الضرر . فالضرر بأكمله له في الحقيقة سببان ومن ثم فلا محل للكلام عن إعفاء كلي من المسئولية . ولكن هناك مجالا لتوزيع المسئولية إذا كان سلوك

---

(١) نقض جنائي ١٩٣٧/٧/١ جازيت باليه ١٩٣٧—٢—٣٥٨ والحكم خاص بجراح يعقم شخصاً برضائه .

(٢) مازو ١٤٩٢ ، ١٤٩٣ ، لا كاس بند ٨٣ .

(٣) لالو طبعة ٢ بند ٥٦١ ديبوا في دالوز ١٩٣٦—٢—٩ العمود الثاني جرينوبل ٢ فبراير سنة ١٩٢٨ جريدة جرينول ١٩٢٨—٤٥ سين ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت باليه ١٩٢٩—١—٤٢٤ وفي الاستئناف باريس ١٢ مارس ١٩٣١ سيري ١٩٣١—٢—١٢٩ وتعليق بيرو اتحاد سويسري ١٧ سبتمبر سنة ١٩٣٦ المجلة الفصلية ١٩٣٧ ص ٩٠٢ .

(٤) لا كاس بند ٥١ ؛؛ ، ٦٨ ، ٨٣ قرب مازو بند ١٤٩٠ .

المريض ينطوى على الخطأ والأمر فى ذلك مرجعه إلى ظروف الحال[1]. ومع ذلك فإن المحاكم تميل إلى تحميل الطبيب بتعويض كامل خاصة فى الأحوال التى يكون عليه فيها أن يقنع المريض بعدم إجراء العملية لما تنطوى عليه من أخطار لا تتناسب مع الفائدة التى ترجى من ورائها[2].

٢ — حالة ارتباط خطأ المريض بخطأ الطبيب :

إذا كان خطأ المريض نتيجة لخطأ الطبيب بحيث كانت بينهما علاقة سببية أعتبر الطبيب وحده مسئولا عما يتحمله المريض من أضرار[3].

قلنا إنه إذا اشترك الطبيب والمريض بفعلهما فى إحداث الضرر فالقاعدة أنه يجب توزيع المسئولية بينهما . فهل يشترط لذلك أن تتجمع فى فعل المريض عناصر الخطأ ؟

لا شك فى ذلك . فالطبيب لا يمكنه أن يحتج إلا بأخطاء المريض لكى يطلب إعفاءه من المسئولية كلياً أو جزئياً. والمبدأ لا يحتمل الجدل إذا وضعنا نصب أعيننا الأساس الذى بني عليه الاشتراك فى المسئولية . فالأصل أن المدعى عليه مسئول عن التعويض الكامل وإذا كان له أن يرجع على المجنى عليه الذى اشترك بفعله فى إحداث الضرر فبشرط أن تتوافر بالنسبة له أركان المسئولية وفى مقدمتها أن يكون اشتراكه فى إحداث الضرر بفعل خطأ من جانبه[4].

---

(١) لاكاس بند ٨٣ . مازو بند ١٤٩٧ ، ١٤٩٨ ديبوا فى دالوز ١٩٣٦—٢—٩ . § ٢ فى الاخر .

(٢) سين ٢٥/٢/١٩١٩ جازيت باليه ١٩٢٩—١—٢٤١ باريس ١٢/٣/١٩٣١ سيرى ١٩٣١—٢—٢٢٩ وتعليق بيرو دالوز ١٩٣١—٢—١٤١ وتعليق جان لو ، أنظر لاكاس بند ٨٣ فى الاخر ، ١٠٦٣٠ ؟؟ .

(٣) قرب مازو ١٤٦١ ، وراجع مصر المختلطة ٢٦/٤/١٩٢٣ جازيت المحاكم المختلطة ١٥— ص ٨٨ رقم ١٣٢ .

(٤) مازو بند ١٤٦٣ ديموج ج٣ بند ٢٥٢ ، ج٤ بند ٨٠٢ ؟؟ بلانيول اسمان ج٦ بند ٥٦٢ . وهذه الحجة تجعلنا نرفض رأياً دافع عنه بعض الفقهاء (سليمان مرقس — فى نظرية دفع المسئولية المدنية — بالنسخة الفرنسية ص ٢٩٢) إذ يقولون إن فعل المجنى عليه لا يؤدى إلى إعفاء المدعى عليه كلياً أو جزئياً من المسئولية إلا إذا انطوى على عناصر القوة القاهرة أى كان مما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه .

و ينبنى على ذلك أن الطبيب لا يمكنه فى رأى من يرون التمييز شرطاً لوجود الخطأ أن يستند إلى فعل المريض إذا كان مجنوناً مثلا لتخفيض مسئوليته [١] .

ونحن و إن كنا نرى الرأى العكسى إلا أننا نلاحظ أن الطبيب إذا كان عالماً بحالة المريض فانه يجب أن يقدر ما عسى أن يكون عليه تصرفه الأخرق الذى اقترن بفعله فأحدث الضرر ومن ثم لا يجوز له أن يحتج بخطأ المجنى عليه فى هذه الحالة [٢] .

و يدق الأمر فى حالة رفض المريض للعلاج الذى يشير به الطبيب كأن يمتنع عن إجراء عملية من شأنها أن تمحو أو تخفف الأضرار التى تحملها بسبب خطأ سابق للطبيب .

لا شك أن الطبيب لا يستطيع أن يجرى للمريض عملية جبراً عنه ولكن هل عليه وحده أن يتحمل مسئولية الأضرار التى أصابت المريض بسبب خطئه وقد كان من الممكن محوها لو قبل المريض أن تجرى له العملية .

يرى مازو [٣] أن المرجع فى ذلك إلى ملابسات الحال ، فللمريض أن يرفض كل عملية من شأنها تعريضه للخطر كما هى الحال فى العمليات التى تستلزم وضعه تحت البنج . أما إذا كانت العملية لا تنطوى على خطورة ما فإن رفض المريض يعتبر من قبيل الخطأ .

وخطأ المريض كما يحتج به عليه يحتج به على ورثته [٤] اللهم إلا إذا كانت دعواهم مبنية على ما لحقهم من ضرر أدبى بفقده إذ أن هذه الدعوى شخصية للورثة فخطأ المتوفى بالنسبة لها يأخذ صفة الخطأ الصادر من الغير . وهو من ثم لا يعفى المدعى عليه من المسئولية إلا إذا تجمعت فيه عناصر القوة القاهرة ، ولكن قد يؤثر

---

(١) نقض ١٤/١٢/١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧—١—١٠٥ وتعليق جوسران .
(٢) قرب مازو بند ١٤٦٨ .
(٣) مازو بند ٢/١٤٧٢، لالو بند ٣٣٦ ، لاكاس بند ٨٢ ، ١٥١؛؛
(٤) مازو بند ١٤٦٩

فعل المتوفى مع ذلك فى حق الورثة إذ أن تركة المتوفى تنتقل إليهم محملة بما عليها من التزامات ومن بينها حق المدعى عليه فى الرجوع على المتوفى بنصيبه من المسئولية عما تحمله من ضرر [١]. على أنهم لا يتأثرون بحق الطبيب فى الرجوع على تركة المتوفى إلا فى حدود ما تحويه هذه التركة من أصول [٢].

وإذا كان الفقهاء مجمعين على وجوب توزيع المسئولية فإنهم اختلفوا فى كيفية التوزيع.

قد يقال إن التوزيع يجب أن يتم على أساس القدر الذى اشترك به كل منهما فى إحداث الضرر [٣]. وهذه الطريقة لها ميزة وضع المسألة على أساسها الصحيح — رابطة السببية — ولكنها مبنية على اعتبار خاطىء فلقد رأينا كيف أن الأخطاء متكافئة وكيف أنه يستحيل القول بأن كل خطأ على حدة أحدث جزءاً من الضرر إذ الواقع أن الخطأ الواحد يعتبر سبباً للضرر بأكمله.

فالتحليل الصحيح إذن لعلاقة السببية يوجب تقسيم عبء التعويض مناصفة بين المجنى عليه والجانى [٤].

---

(١) مازو بند ١٤٦٩.

(٢) وذلك طبقاً لقاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الديون.

(٣) سافاتييه فى دالوز ١٩٣٥—٢—١٧ ، لوسين ريبير — التعويض عن الضرر رسالة ١٩٣٣ص ١١٤؟؟ Muteau. De la responsabilité civile P 424. نقض٢٨/١١/١٩٣٢ محاماة سنة ١٣ ص ٨١٥ رقم ٤٠١ .

(٤) مازو بند ١٤٤٣، ١٥٠٨ ؟؟ و١٦٦٣ وفى سيرى ١٩٢٨—١—١٧٧، وقارن اسمان بند ١٠ المجلة الفصلية سنة ١٩٣٤ ص ٣١٧ ؟؟ ولقد كان القانون الرومانى يسقط حق المجنى عليه فى الحصول على أى تعويض كلما كان لسلوكه دخل فى الضرر الذى حصل (مازو بند ١٤٤٩) ويبدو أن شراح القانون الفرنسى القديم قد أخذوا بهذا الرأى (مازو بند ١٤٥٠) ولا زالت القاعدة الرومانية متبعة فى القوانين الأنجلو أمريكية فاهمال المجنى عليه يسقط حقه فى التعويض على الأقل إن لم يرتكب المدعى عليه خطأ عمديا. فاليد الملوثة لا يصح أن تلمس معين العدالة الصافى. ولقد سعت المحاكم إلى تحوير هذا المبدأ الجامد فقضت بمسئولية المدعى عليه كلما كان خطؤه لاحقا لخطأ المجنى عليه بحيث كان فى استطاعته أن يتلافى حصول الضرر لو أراد. (مازو بند ١٤٥١). وفى ألمانيا نصت المادة ٢٥٤ من القانون المدنى على توزيع المسئولية بحسب الدور الذى كان لكل خطأ فى حصول الضرر. ولكن المحاكم فى ألمانيا شعرت باستحالة تقدير =

ثالثاً : حالة ما إذا ساهم مع خطأ الطبيب عامل غير منسوب إليه ولا إلى غيره من الناس .

إذا ساهم مع خطأ الطبيب عامل غير منسوب إليه ولا إلى غيره من الناس كاستهداف المريض الذاتى أو تطور المرض أو مضاعفاته فهذا لا يؤثر على قيام مسئولية الطبيب(١) ولكن يرى بعض الفقهاء التفرقة بين أمرين :

ا) إذا كان هذا العامل مما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه فتكون له صفة الحادث الفجائى ويتحتم معه إنقاص مسئولية الطبيب بقدر ما ساهم به فى إحداث الضرر(٢).

ب) إذا كان هذا العامل مما يمكن توقعه أو تفاديه حيث لا يكون له أثر على مسئولية الطبيب التى تظل كاملة .

وهذا الرأى مبنى على فهم خاطىء لأساس توزيع المسئولية فى حالة تعدد الأسباب

= المسئولية على أساس درجة السببية فكل خطأ يعتبر سبباً للضرر بأكمله . لهذا فهى توزع المسئولية على أساس درجة جسامة الأخطاء المرتكبة . (مازو بند ١٤٥٢) .

واكتفت بعض التشريعات بتقرير مبدأ توزيع المسئولية تاركة للقضاة الحرية فى إجراء هذا التوزيع (م ٢٤ قانون الالتزامات السويسرى) والبعض كالقانون النمساوى (م ١٣٠٤) يقرر أن توزيع المسئولية يحصل مناصفة إن لم يتيسر معرفة نصيب كل خطأ فى إحداث الضرر (مازو بند ١٤٥٤). ومن بين هذه النظم المختلفة مالت المحاكم الفرنسية ومعها بعض الشراح إلى توزيع المسئولية على أساس درجة جسامة الأخطاء المرتكبة (كولمار ٤ نوفبر سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ملخص ٩ سنة ١٩٣١ ، فوازينيه ص ٣٣٤ ، بلانيول إسمان ج ٦ بند ٥٧٠ ، روسو فى سيرى ١٩٣٠—٤—١٧ وراجع نقض ١٩٣٠/١٢/٢٥ مجموعة رسمية سنة ٣٢ ص ٩٩٠ حكم رقم ٨٥) وهو حل غير سليم إذ كان الواجب أن توزع المسئولية مناصفة (مازو بند ١٤٥٥) .

ويرى البعض أن القاعدة التى وضعتها المحاكم لا تطبق على المسئولية العقدية حيث يجب أن يتحمل المدين عبء التعويض كاملا .

(١) قرب بلانيول واسمان بند ٥٤١ ، وديموج ج ٤ بند ٣/٨١١ ، لالو طبعة ٢ بند ٢٩١ ، طبعة أولى بند ١١٠ ، سليمان مرقص نظرية دفع المسئولية المدنية باللغة الفرنسية ص ٢٤٧ ، مرعى بند ١٤٤.

(٢) سافاتييه ٤٦٤ ، ٧٧٩ ، قرب حشمت أبو ستيت بند ٤٧٩ فى الآخر .

ذلك أن الأصل أن المدعى عليه متى تسبب بخطئه فى إحداث الضرر فهو مسئول عن دفع التعويض كاملا ، فان وجد شخص آخر اشترك معه بخطئه فى إحداث الضرر ، كان له أن يرجع عليه بجزء من التعويض الذى يلزم به أما هنا فلن يجد من يرجع عليه حتى يخفف عنه عبء التعويض[١] .

وعلى ذلك فليس للطبيب الذى تسبب بخطئه فى إلحاق الأذى بالمريض أن يستند إلى قوة استهدافه لحادث فجائى يخفف من مسئوليته ما دام خطؤه قد نشأ عنه الضرر بأكمله[٢] . إنما تنتفى مسئولية الطبيب إن لم يثبت عليه الخطأ أو لم يتداخل خطؤه فى إحداث الضرر بل كان راجعاً إلى استهداف ذاتى للمريض نفسه[٣] .

الاستعانة بأهل الخبرة فى دراسة القضايا الطبية :

هذه هى أركان المسئولية التى يجب أن يقوم الدليل عليها حتى يسأل الطبيب ولكن تقديرها ينطوى كما رأينا على نواح فنية ليس فى استطاعة القاضى أن يلم بها ولذلك فقد طالب البعض باخراج القضايا الطبية من اختصاص القاضى العادى لوضعها فى أيدى قضاة يختارون من بين الأطباء أنفسهم فيكونوا أكثر شعوراً بدقائقها وأدق فهماً للعناصر التى يعتمد عليها للفصل فيها[٤] .

وهذا الرأى يؤدى فى نظرنا إلى إنكار فكرة العدالة لأن فيه ادعاء بأن

---

(١) مازو بند ١٦١٢ ، جوسران النقل طبعة ٢ بند ٢/٦٠١ ، خيال محاضراته غير المطبوعة التى ألقيت على طلبة السنة الثالثة بكلية الحقوق سنة ١٩٣٨ فى الالتزامات.

(٢) قرب ديموج جـ ٤ بند ٢/٤٦٢ فى الآخر ، ومازو بند ١٩١٣ ، وبوردو ٩٠/٢٦ سنة ١٩٢٦ G.P. ١٩٢٧—١—٣٥٥ ، نقض ٩/١١/١٩٣٣ G. P. ١٩٣٤—١—١١.
عكس جاردنا وريتشى ص ٤٠ بند ١٥٤ ، وبلانيول واسمان بند ٥١١ فى الآخر .

(٣) ليون ١٧ نوفبر سنة ١٩٠٤ سيرى ١٩٠٧—٢—٢٣٣ ، نانت ٢٠/١/١٩٢٥ G. P. ١٤ مارس ١٩٢٥

(٤) Dupuy Dogme du Secret médical P./8 أنظر P. Nêgre P 149.
برووادل مسئولية الأطباء ص ٤٤ ؟؟ Rendu، ص ٣٧ .

لا عدالة إلا خارج ساحات العدالة بل هو يحتم أن توجد مجالس خاصة بالنسبة لكل طائفة من أرباب المهن للفصل فى المنازعات الخاصة بها(١) .

و بغض النظر عما يتضمنه هذا الرأى من هدم للمبدأ الأساسى الذى يقضى بأن العدالة يجب أن تكون موجهة للكافة وأن تكون واحدة بالنسبة للجميع فانه ينتهى بنا إلى تضحية الصالح العام فى سبيل تحقيق مصالح فردية للطوائف(٢) .

وليته يحقق هذه المصالح على الوجه الأكمل فانه يخشى أن يكون الأطباء القائمون بأمر القضاء ممن يتشيعون لرأى معين أو تعاليم خاصة فيدفعهم تحمسهم للنظريات التى يعتنقوها لايقاع الظلم بمن يخالفهم فى الرأى . بل يخشى أن تكون الأحكام صدى للأحقاد الكامنة التى تولدها المنافسة بين أرباب المهنة الواحدة . فالقضاة بطبيعة تخصصهم أبعد عن الميل والتحيز من الأطباء ومن ثم أقدر على صون العدالة(٣) .

قد يقال أنه من الممكن أن يتلافى هذا الاعتراض إذا حرم على الطبيب الذى يجلس للقضاء أن يمارس المهنة ، ولكن يجب ألا يغرب عن البال أن الطبيب الذى يبتعد عن التطبيق العملى لمعلوماته الفنية يفقد كثيراً من المميزات التى من أجلها نودى بإحالة الفصل فى القضايا الطبية إليه .

حقاً إن المفروض أن القاضى لا يلم بدقائق الطب وليس من السهل عليه أن يتبين وجه الخطأ فى سلوك الطبيب ولكن فى إمكانه دائماً أن يستعين بذوى الخبرة فى الفن الطبى لينيروا له ما غم عليه فهمه من أسرار القضية(٤) .

و إنه لمن الأهمية بمكان عظيم أن يعرف القاضى الحدود التى يجب أن يقصر عليها بحثه وتقديره والتى إن تخطاها أقحم نفسه فى مسائل فنية يجب أن يظل بحثها

---

(١) راندوس ٣٧ ، ٣٨ .
(٢) راندو س ٣٨
(٣) نيجر ص ١٥٠ ، بروواردل مسئولية الأطباء ص ٤٩ ، راندو ص ٣٩ .
(٤) راليه ص ٩٧ ؛؛ بلانش روديه ص ٢٣٤ ؛؛ سافاتييه بند ٧٧٨ ج ٢ ص ٣٩٥ .

وقفاً على أهل الخبرة . و إذا كان من حق القاضى من بل واجبه أن يستخدم جميع الوسائل التى تدنيه من فهم العمل الطبى فإنه يجب أن نحدد بدقة الدائرة التى يجب أن يلزمها كل من القاضى والخبير فى بحثه .

وأول مسألة تعرض هى اختيار الخبير والمرجع فى ذلك إلى اتفاق الخصوم فإن لم يتفقوا فللمحكمة أن تعين من بين الأطباء المشهود بكفايتهم ونزاهتهم من تراه جديراً بثقتها أهلا للمهمة الخطيرة الملقاة على عاتقه [1] . ويحسن ألا يكون الخبير ممن يزاولون عملهم فى نفس الدائرة التى يباشر فيها الطبيب المسئول عمله دفعاً للميل ودرءاً للشبهة .

ومتى تم اختيار الخبير وجب على المحكمة أن تحدد له مهمته بدقة فتبين له الوقائع التى يستطيع أن يبنى عليها رأياً شخصياً بغير احتياج إلى تقدير أقوال الشهود [2] . وليس للمحكمة أن تحدد الوسائل التى يستطيع أن يعتمد عليها الخبير فى استجلاء الحقيقة ومن ناحية أخرى لا يجوز أن تقحمه فى الإجابة على اسئلة ذات صبغة قانونية و إن كانت ذات صلة بالناحية الفنية .

والخبير عليه أن يجيب بدقة ووضوح على كل ما يوجه إليه من أسئلة فعلى وضوح تقريره ودقته يتوقف مقدار الثقة التى يوليها القاضى لآرائه والنتائج التى يستخلصها . فإن أحس الخبير بعدم قدرته على القيام بالمهمة الملقاة على عاتقه فعليه أن يتوجه للمحكمة التى عينته لتختار بدلا عنه [3] . ولكن من المسلم به أن الخبير يمكنه أن يلجأ إلى ذوى الفن ليستعين بآرائهم و يسترشد بمعلوماتهم خاصة إذا تعلق الأمر بوقائع مادية كقراءة صور الأشعة [4] .

---

(١) فان أى خطأ من جانب الخبير قد تكون له أخطر النتائج ويكفى أن نذكر حادثة الدكتور ميلوش الذى استدعى للكشف على امرأة متهمة بقتل ابنها فقرر أنه يحتمل أن تكون قد وضعت منذ عهد قريب . ثم لم تلبث أن وضعت فى الكون جنيناً حياً يصيح بخطأ الطبيب الذى كشف على أمه (نيجر ص ١٥١ فى الآخر ، ١٥٢).

(٢) ليل ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٤ ، جازيت باليه ١٨٩٥ — ١ ملحق ١٢

(٣) سين ١٩٣٢/١٢/٢٢ ، جازيت باليه ١٩٣٣—٢—٦١٩ ، لاكاس بند ٢٣٤

(٤) ليون ١٨٩٧/٤/١٢ ، دالوز ١٨٩٧—٢—٣٠٤ تعليق ليلوار على نقض =

وعلى الخبير أن يتجنب فى تقريره الآراء التى لا زالت محلا للجدل العلمى [١] والميل مع آرائه الشخصية إذا لم تكن محل اتفاق فى الفن الطبى [٢].

ولقد أظهرت محكمة دويه فى حكم هام لها بتاريخ ١٦ مايو سنة ١٩٣٦ الخطأ الذى وقع فيه بعض الخبراء إذ خلطوا بين آرائهم الشخصية و بين الأصول العلمية الثابتة وخطأ محكمة أول درجة التى كان عليها وقد لمست الخلاف بين الخبراء و بين مشاهير الأطباء الذين سمعت أقوالهم فى الجلسة أن تتجنب الفصل فى مسائل علمية بحتة [٣].

وعلى الخبير أن يتجنب الخوض فى المناقشات القانونية وأن يقصر تقريره على بحث الوقائع المتعلقة بسلوك الطبيب وتقديرها من الناحية الطبية [٤].

= ١٩٣٢/٦/٣٠ فى دالوز ١٩٣٣ — ١ — ٢٣ نقض ١٩٣٧/٥/٢٩ دالوز الأسبوعى ١٩٣٧ — ٣٩٣ .

(١) استئناف دويه ١٨٩٧/٤/١٥ سيرى ١٨٩٨ — ٢ — ٧٨ .

(٢) راجع المثل الذى أعطاه بروواردل فى كتابه عن مسئولية الأطباء مذكور فى مارتان ص ٥٩ ، ٦٠ ، دونديو دوفابر نشرة طبية شرعية ١٩٣١ ص ٤٥٩ .

(٣) دويه ١٦ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ ص ٤٣٥ والقضية خاصة بجراح أخذ عليه الخبراء أنه استعمل بنجاً كلياً لاجراء عملية استسقاء hygroma فى ركبة مريض فعرض بذلك حياته — بغير مبرر — لأخطار ما كان يتعرض لها لو أنه استعمل البنج الموضعى .

وعلى الرغم من أن بعض أقطاب الطب الذين سمعت أقوالهم فى الجلسة قد خالفوا الخبراء فيما ذهبوا إليه وأنكروا أن استعمال البنج الكلى فى تلك العملية لم يكن مناسبا — على الرغم من ذلك — قضت محكمة أول درجة بالمسئولية فألغى حكمها أمام محكمة الاستئناف التى قررت أنه إذا كانت وجهات النظر مختلفة فى الحالات التى يجوز فيها استعمال البنج الكلى فليس يصح أن يؤاخذ الطبيب على انتحاله الرأى الذى اختاره رئيس المستشفى الذى يعمل فيه .

(٤) وهو ما قررته محكمة Etampes بحكمها الصادر فى ١٩٣٣/٥/١٦ فى قضية تلخص ظروفها فى أنه جراحا أغفل قطعة من الشاش فى جسم المريض أثناء إجرائه عملية وقرر الخبراء أنه لم يرتكب خطأ ما ومع ذلك رأوا أنه من المناسب منح السيدة L. ٧٠٠٠ تعويضا مخفضا نظير الآلام التى تحملتها ... وقد جاء فى حيثيات الحكم .

«Attendu pour expliquer cette contradiction tout au moins apparente il faut admettre que les experts ont conclu à l'absence d'une faute alors qu'implicitement ils en ont contracté l'existence, ou bien qu'ils estiment qu'en dehors de toute faute le chirugien M... serait =

وأول ما يجب على الخبير أن يبحثه هو دراسة حالة المريض وتتبع خط سير المرض والعوامل التى أثرت فيه سواء أكانت راجعة إلى شدة المرض أم إلى قوة استهداف المريض أم إلى العلاج الذى أشار به الطبيب . وهو بهذا البحث يستطيع أن يقدر قيمة الفرص التى ضاعت على المريض للوصول إلى الشفاء ومدى الأضرار التى ترجع إلى فعل الطبيب . وعليه بعد ذلك أن يبحث فيما إذا كان الطبيب قد ارتكب خطأ وهى ناحية دقيقة لما تنطوى عليه من عناصر فنية يتعذر على القاضى الالمام بها وهى العناصر التى من أجلها اضطر إلى الالتجاء إلى أهل الخبرة . وإن الخطأ الذى يمكن نسبته إلى الطبيب كما رأينا يرجع فى الغالب إلى أحد سببين :

أولا — الجهل بالأصول العلمية التى يجب على كافة الأطباء الإلمام بها .

ثانيا — ارتكاب إهمال ما كان ليرتكبه طبيب يقظ أحيط بنفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول .

فان تبين وجود خطأ فى سلوك الطبيب فعليه أن يبين عناصره فان كان هذا الخطأ بحيث تبرره خطورة الحالة أو السرعة التى يجب أن يباشر بها العلاج فعليه

= responsable du dommage causé par le fait de la chose qu'il avait sous sa garde c'est à dire du dommage causé par la compresse, (art. 1384 § I code civil).

Attendu qu'en supposant que cette dernière opinion parfaitemont juridique et conforme à l'esprit des plus récentes décisions judiciaires ait servi de base aux experts pour apprécior les faits, le tribunal ne peut en faire état pour résoudre le présent litige;

Attendu en effet que d'une part il y a lieu de tenir conpte dans un rapport d'experts non pas des manifestations de l'esprit juridique des experts mais seulement de l'appréciation objective qu'ils portent sur les faits de la cause et que d'autre part la dame L.. V., n'a basé sa demande quo sur l'application de l'art. 1382 code civil qui oblige à établir la faute du chirurgien. »

والحكم منشور تحت هامش بردو ٧/٦/١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣ — ٢ — ٦١٥ .

أن يوضح ذلك بصراحة ، وليست المسألة فى معرفة ما اذا كان الخطأ يسيراً أم جسيما بل هى تنحصر فى معرفة ما إذا كان الطبيب قد أخطأ أم لا .

هذه الأصول تبين لنا بوجه عام الدائرة التى يباشر فيها الخبراء عملهم دون أن يكون هناك مساس باستقلالهم الذى يتجلى بنوع خاص فى اختيار الوسائل التى توصل إلى استجلاء الحقيقة وفى الحجج التى يبدونها لتدعيم آرائهم .

وليس القاضى ملزما بالأخذ برأى الخبير[1] لأنه لا يمكنه أن يقضى بغير اقتناعه وبما يرتاح له ضميره ولكن يجب أن تكون هناك أسباب قوية تدعوه إلى مخالفة رأيهم[2] .

---

(١) جنح السين ٢٠ يولية سنة ١٩٠٧ سيرى ١٩١٠—٢—١٥٣ ، ومخالفة المحكمة لتقرير الخبير فى هذه القضية كانت لصالح الطبيب ، سين ٢٩/١٠/١٩١٢ سيرى ١٩١٤—٢—١٥٣ ومع ذلك راجع انتقاد بيرو للحكم فى التعليق عليه لخروج المحكمة على تقرير الخبير ؛ باريس ٢٢/١/١٩١٣ سيرى ١٩١٨—٢—٩٧ ، باريس ٢٦/٦/١٩١٩ سيرى ١٩٢٢—٢—١١٣ و دالوز ١٩١٩—٢—٧٣ ، نانسى ١٩/١/١٩٢٨ جازيت باليه ١٩٢٨—١—٤١٠ ، روان ٦ مايو سنة ١٩٣١ مجموعة روان وكان سنة ١٩٣١—١—١٢٢ ، سين ١٧/٢/١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣—١—٧٣٤ ، نقض ٧/٣/١٩٢٩ مجموعة القواعد القانونية . جـ ٢ ص ٢٢٥ رقم ١٨٥ ، مصر ٣٠/٥/١٩٣٣ فى القضية رقم ٧٨٧ كلى سنة ١٩٣٢ ، س م فى نفس القضية ٢/١/١٩٣٦ محاماة سنة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ . وراجع أحكام النقض الجنائى المنشورة فى مجموعة القواعد القانونية جـ ١ رقم ١٨٥ ، جـ ١ رقم ١٩٤ ص ٢٣٦ ، جـ ٢ رقم ٥٥٠ ص ٤٨٠ ، جـ ٤ رقم ٧٨ ص ٧٠ ، جـ ٢ رقم ٣٥٢ ص ٥٥٧ وأحكام النقض المدنى المنشورة فى المجموعة أيضاً جـ ١ رقم ٤٢ ص ٨٤ ، جـ ١ رقم ٦٩ ص ١٣٩ ، جـ ١ رقم ٣٣٥ ص ١٠٧٤ ، جـ ٣ رقم ٣٠ ص ٦٨ .

وراجع أيضاً لاكاس بند ٧٣ ، ٢٣٣ ، مازو بند ٥١٠ ، ٥١١ ، بلانيول واسمان ص ٧٢٠ جـ ٦ هامش ٦ ، سافاتييه جـ ٢ بند ٧٧٨ ص ٣٩٥ .

وفى بعض البلاد الأجنبية توجد مجالس طبية هى هيئات دائمة تفصل فى مسئولية الأطباء ورأيها إلزامى وهـذا النظام لم يحقق دائماً الأغراض التى كان ينشدها الأطباء منه (راجع راليه ص ١٠٤) .

(٢) راجع حكم محكمة السين فى ٢٠/٧/١٩٠٧ سيرى ١٩١٠—٢—١٥٣ دالوز ١٩١٢—٢—٣٥٦

والمحكمة استبعدت تقرير الخبير لأنه ثبت لها من شهادة الأطباء الذين سمعت أقوالهم فى الجلسة أن ما نسب إلى الطبيب المعالج من خطأ ليس مبنياً على مخالفته للأصول العلمية المتفق عليها فى الفن الطبى .

=

حقا إن أهل الخبرة من الأطباء كثيراً ما يكونون مدفوعين بالميل إلى إفلات

= والمحكمة لم تتعرض للمفاضلة بين النظريات العلمية وإنما استنبطت من بينها الأصول العلمية المتفق عليها والتي طبقتها على الطبيب فلم تتبين وجه الخطأ في سلوكه (راجع الحكم وتعليق بيرو عليه في سيرى) .

وقارن حكم باريس في ١٩١٩/٦/٢٦ في سيرى ١٩٢٢—٢—١١٣ في قضية تلخص ظروفها في أن امرأة ذهبت إلى طبيب أسنان ليخلع لها ضرساً خلع فكها الأسفل وتخلف لها عن هذه العملية خراج والتهاب في عظام الفك اضطر معه الدكتور Roy إلى استئصال جزء من عظمة الفك وتسع أسنان .

والمحكمة بعد أن ناقشت تقرير الخبير قررت أنه بني على واقعة خاطئة إذ اعتمد على أقوال طبيب الأسنان من حيث إن الخراج كان موجوداً قبل مباشرته العملية مع أن الثابت أن المدعية عرضت نفسها على طبيبها بعد العملية بيومين فشاهد الخراج في دور التكوين الأمر الذي يستفاد منه أنه حدث نتيجة العملية .

والذي يؤخذ على هذا الحكم ليس استبعاده تقرير الخبير إنما تلمسه خطأ الطبيب في خطورة النتائج التي أفضى إليها العلاج وهو ما انتهى بالحكم إلى خوض مسائل علمية ما كان يصح المحكمة أن تنفرد ببحثها بعد أن استبعدت تقرير الخبير وما استخلصه من نتائج . (بيرو في التعليق على الحكم في سيرى) .

فقد قالت المحكمة بعد أن قررت أن الخراج قد حصل للمريضة نتيجة العملية ما نصه :

«Que cette constatation ne suffirait pas, cela va sans dire pour établir la faute opératoire de Dr.. mais qu'il doit en être autrement quand suivant l'évolution du mal ainsi provoqué et qu'il eût été bénin s'il ne se fût agi que d'une simple déchirure de la gencive toujours possible quand on extrait une racine ou en arrive à constater la nécrose du maxillaire avec séquestre; qu'il est évident que la nécrose du maxillaire n'est pas un mal spontané qu'il est ou le résultat d'un état général morbide spécifique à l'évolution plus ou moins lente ou la conséquence d'un trauma violent de l'os dont les suites sont alors plus immédiates dans leurs manifestations; Or considérant que la demoiselle J., étant par ailleurs absolument saine il faut nécessairement admettre pour expliquer la gravité des conséquences de l'accident dont elle a été la victime que D... procédant avec d'autant plus de légèreté qu'il était moins expérimenté et que l'opération était plus délicate a atteint le maxillaire qu'il a gravement luxé déterminant une nécrose avec séquestre à évolution relativement rapide qu'on ne peut raisonnablement dire d'une telle opération qu'elle a été pratiquée suivant les règles de l'art; que des circonstances de fait ci—dessus analysées, résulte à l'évidence une faute lourde à la charge de =

زملائهم من المسئولية ، ولاغرو فهذا التضامن الحرفى موجود دائما بين أهل الطائفة

= l'opérateur que D.. préposé de X a donc commis une faute opératoire certaine qui engage la responsabilité civile du dit X..»

ولا يفوتنا أن نلاحظ أن هذا الحكم استحدث وسيلة جديدة للاثبات من شأنها أن تنقل فى عبء المسئولية على الأطباء . فالمحكمة لم تعمد إلى استخلاص الخطأ المنسوب إلى الطبيب بطريق الدليل الايجابى بل عمدت إلى حصر المسئولية فى فعل الطبيب بعد أن استبعدت إمكان حصول الضرر من سبب آخر ، ولا يخفى أن الاستدلال بهذه الطريقة لايصح إلا إذا كان من الممكن حصر الأسباب التى تتفاعل فى سير المرض ونتيجة العلاج (راجع سم ٢/١١/١٩٣٣.B.-L.J ٤٦ ص ٩) وهو مالا يمكن القطع به فى أغلب الأحوال إزاء أجسام تختلف قوة استهدافها وأمراض تتفاوت شدة وطأتها وفن لم يصل بعد إلى حد الكمال .

راجع فى استبعاد الاستدلال بهذه الطريقة محكمة دويه فى ٢١/٧/١٩٢٤ جازيت باليه ١٩٢٤—٢—٥٤٥ فى قضية تلخص ظروفها فى أن امرأة توفيت عقب عملية ولادة وثبت من تقرير الصفة التشريحية أن الوفاة حصلت نتيجة تسمم نفاسى عفن .

زعم المدعى أن عدوى الـ Streptocoque ما كانت لتصل إلى المتوفاة إلا نتيجة سبب خارجى ومن ثم فهى ترجع إلى فعل الطبيب الذى أهمل فى اتخاذ ما يفرضه الفن من احتياطات لمنع حصولها .

ولكن المحكمة لاحظت بحق — متمشية فى ذلك مع تقرير أهل الخبرة — أن ليس لزاما أن تكون العدوى قد وصلت إلى المتوفاة من يد الطبيب لأنها قد تحصل من أهل المريض الذين يفوتهم أحياناً اتخاذ الحيطة اللازمة فى النظافة لا سيما وأن والدة المتوفاة قد تولت بنفسها العناية بها .

وخرجت المحكمة بأن القرائن التى استند إليها المدعى لا تستند إلى وقائع ثابتة حتى يمكن قبولها .

قارن مع ذلك حكم محكمة السين فى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣—١—٧٣٤ فى قضية تلخص ظروفها فى أن مريضاً أصيب بقرحة حادة على أثر استعمال الأشعة فى الكشف على جهازه الهضمى .

قرر الخبراء أن لاخطأ يمكن نسبته إلى طبيب الأشعة ولكن المحكمة لم تر الأخذ برأى الخبراء وقررت :

«Attendu que le tribunal ne saurait suivre les experts dans leurs conclusions relatives à la responsabilité du défendeur que ces conclusions sont loin d'être précises et formelles;

Attendu que rien ne permet d'établir l'existence d'une idiosyncrasie aux rayons Roeington analogue à celle qui existe à l'égard de certains médicaments chimiques;

«Attendu qu'en provoquant une radiodermite extrêmement sérieuse =

الواحدة الذين يلمسون مخاطر المهنة و يعلمون أنهم ليسوا أنفسهم بمأمن من مسئولياتها، ولكن هذه الرغبة يجب ألا يكون من شأنها أن يندفع القضاة فى لستنتاج وجه الخطأ فى سلوك الطبيب بناء على فهمهم لظواهر قد ينقضها الفن الذى تخصص فيه غيرهم [١].

والقاضى فى كل ما يتعلق بالمسائل الفنية يكتفى باتباع رأى أهل الخبرة [٢]. ومع ذلك يلاحظ أن وجود عادة مستقرة بين الأطباء على اتباع سلوك معين لا يفقده الحق فى الحكم على هذه العادة إذا كانت لا تتفق مع الحيطة والحذر اللازمين [٣].

و إذا كان على القاضى أن يرعى منتهى الحرص فى مناقشة الآراء الفنية التى يدلى بها الخبراء فان من حقه بل من واجبه أن يناقش وقائع القضية على ضوء هذه

= qui prouve, toute autre cause exclue, que la limite d'absorption normale a été largement dépassé, le défendeur a commis une faute dont il doit réparer les conséquences préjudiciables.

ولعمرى إنه لم يبق للقاضى إلا أن يتمشى مع منطقه إلى النهاية فيمسك بآلة الأشعة ليبين للطبيب كيفية استعمالها فقد جعل من الضرر قرينة بالمسئولية وهو وضع تأباه العلوم الطبية التى لم تصل بعد إلى حد الكمال .

راجع أيضاً حكم محكمة روان فى ١٩٢٣/٤/٢١ سيرى ١٩٢٤—٢—١٧ فى كيفية مناقشة المحكمة لرأى أهل الخبرة واستبعادها لتقريرهم الذى رأت فيه خروجا على دائرة اختصاصهم فقد سلموا بوقوع خطأ من الطبيب ثم نفوا أن هذا الخطأ يوجب مسئوليته لعدم بلوغه درجة الجسامة المشترطة فى المادتين ٣١٩ ، ٣٢٠ ع .

(١) سوهاج ١٩٤٣/٢/١٠ فى القضية الواردة بالجدول رقم ٢٧٠ سنة ١٩٤٢ كلى .

(٢) باريس ١٨٩٨/٣/٤ سيرى ٩٩—٢—٩٠ والتعليق ؛ ليون ١٨٥٩/١٢/١٥ سيرى ١٩٠٩—٢—٣٢١ ، دويه ١٩٣١/١/١٩ دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ — ملخص ٩ ، سم ١٩١٢/٢/٢٩ .B.L.J سنة ٢٤ ص١٦٦ .

(٣) باريس ١٩٣٢/٧/٤ دالوز ١٩٣٣—٢—١١٣ مازو جـ ١ بند ٥١١ ص ٥٥٥ لالو فى دالوز ١٩٣٣—٢—١١٣ فالك المجلة الانتقادية ١٩٣٧ ص ٦٢٩ ؛؛ راجع أيضاً هالسبورى جـ ٢٣ بند ٨٢٦ ص ٥٧٣ ، ٥٧٤ وبيتل ص ١٠٦٩ .

قارن عرائض ١٠/٣١/ ١٩٣٣سنة G.P. ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ والحكم يعفى الجراح من المسئولية ، مصطفى مرعى بند ٤٢ ص ٣٢ ؛؛ ومازو بند ٤٤٠ وبلانيول واسمان بند ٥١٩ ، ديفلو ص ٨١ وديموج جـ ٣ بند ٢٥٦ وهو يرى أنه فى غير حالة الظروف الاستثنائية لا يعتبر الانسان مخطئاً إذا التزم بسلوكه حكم عادة معينة .

الآراء وأن يزن شهادة الشهود ويقدر ما تنطوى عليه من حقائق الدعوى ويرجح بين أقوال الخصوم ليستخلص عناصر المسئولية إن وجدت فى سلوك الطبيب .

ونحن نقر الحيثيات الحكيمة التى وردت فى حكم محكمة جنح مرسيليا [١] الذى جاء فيه أن «البيانات التى يدلى بها أمام القضاء بعد مرور أكثر من سنتين على الوقائع المشكو منها فقدت أمانتها ودقتها وربما طبعت بطابع من الميل والهوى وشابها من المرارة ما كانت لتنم عنها الشهادات الاختيارية البعيدة عن المؤثرات الخارجية والقريبة من التصرفات التى تخبر عنها... وأن شهود عملية طبية كولادة مثلا قد لا تكون لهم من الصفات ما يمكنهم من الحكم على عمل الطبيب ... وأن إحساسهم المرهف وألمهم العائلى ومنظر استئصال الأعضاء الذى تحمله كائن عزيز عليهم ربما يكون قد أثر على شهاداتهم وطبعها بطابع المبالغة على غير قصد منهم».

من كل ما تقدم يتضح أن الصبغة المهنية فى الخطأ الطبى لها تأثيرها فى تقدير الخطأ إذ يجد القاضى نفسه عاجزاً فى أغلب الأحيان عن اتخاذ رأى بشأن ماينسب للطبيب من أخطاء فيلتجىء حتما ولزاماً إلى ذوى الخبرة فى الفن الطبى ليوضحوا له ما غم عليه فهمه و يسدوا ما تنطوى عليه معلوماته من نقص [٢] .

---

(١) مرسيليا ١٩٢٧/١/٢٠ راجع حيثيات الحكم فى ديفلو ٨٣ ؟؟

(٢) سم ١٩١٠/٢/٣ B. L.J. سنة ٢٢—١٢٠ .



القسم الثـــانى

مدى المسئولية الطبية

و إذا كان للصبغة المهنية أثرها فى تقدير الخطأ الطبى بل وفى تقدير أركان المسئولية بوجه عام فان لها أهميتها فى معرفة الالتزامات الواقعة على عاتق الطبيب . فسواء أوجد عقد بينه و بين المريض أم لم يوجد فان المرجع فى تحديد التزاماته إلى القواعد المهنية (١) تلك القواعد المستمدة من طبيعة الوظيفة الانسانية التى يضطلع بها الطبيب ومن الأصول العلمية التى تحكم الفن الذى يزاوله .

و إذا كنا قد عرفنا الخطأ الذى يسأل عنه الطبيب بأنه الاخلال بالالتزامات الخاصة التى تفرضها عليه مهنته فانه يبقى علينا كى نحدد قواعد المسئولية الطبية أن نبين هـذه الالتزامات ومداها مستلهمين فى ذلك بطبيعة الحال القواعد المهنية وما استخلصته المحاكم منها فى القضايا التى عرضت عليها .

من المتفق عليه فقهاً وقضاء أن عقد العلاج يوجب على الطبيب الالتزام بالسلامة ولكن ليس معنى ذلك أنه يفرض عليه ذلك الالتزام المحدد بضمان شفاء المريض (٢) فان ذلك الشفاء يتوقف على عوامل واعتبارات لا تخضع دائماً لسلطان الطبيب أو الجراح كمناعة جسم المريض ودرجة استهدافه وحالته من حيث الوراثة وحدود

---

(١) ديفلو ص ٥٠ ، مازان ص ٤٨ ، ٧٠ ، بالمارى Balmary بند ٤٤ ، سافاتيه بند ٧٧٦ جـ ٢ ص ٣٩٢ .

ولقد كان المعقول إزاء وحدة التزامات الطبيب أن يوجد نظام موحد للمسئولية الطبية فى جميع الأحوال. ولكن إلى أن يعترف الشارع بوجود المسئولية المهنية ويفرد لها الأحكام الخاصة بها سيظل الأطباء خاضعين لأحكام المسئولية التقصيرية حيناً ولأحكام المسئولية العقدية حيناً آخر بحسب ظروف الأحوال .

(٢) تقرير جوسران فى قضية ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩١ ؛؛ مازو جـ١ بند ١٥٩/٢ ص ٢٠٦ ماتر مرافعته فى قضية ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ ـ ١ ـ ٩٣ ناست تعليقاً على! كس ١٦/٧/١٩٣١ دالوز ١٩٣٢ ـ ٢ ـ ٥ ناست تعليقاً على نقض ٢٧/٦ سنة ١٩٣٩ Dalloz critique Jurisp P 55 .

ويعبر عن ذلك بعض فقهاء الشريعة الاسلامية بقولهم إنه لما كان التطبيب واجباً على الطبيب فانه لا يعتبر مسئولا عما قد يؤدى إليه عمله لأن القاعدة أن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة .
[التشريع الجنائى الاسلامى مقارنا بالقانون الوضعى تأليف عبد القادر عوده ص ٥٢٠] .

الفنون الطبية التى قد تقصر عن علاج المرض[1] وتقد قيل بحق أن ليست هناك أمراض بل مرضى فجعل الطبيب مسئولا عن نجاح العلاج يخرج بنا عن حدود الإنسانية الضعيفة أذ الطبيعة لا تزال غامضة ، والطبيب لا زال عاجزاً ، وفن المعالجة إذا امتاز عن كل فن آخر فانما امتازه إدراك المجهول من الطبيعة ، فهو إن أصاب مرة فلابد أن يخطىء أخرى، فتقرير مسئولية الطبيب إذا لم يشف المريض خروج بالإنسانية عن طبيعته التى خلق بها و إفراط فى تصور التكاليف الإنسانية قاطبة[2].

وليس هذا فحسب بل إن الطبيب لا يلتزم بأية نتيجة مهما كانت فى علاج المريض فهو لا يلتزم بمنع المرض من التطور ضد مصلحته ، هو لا يلتزم بأن لا تسوء حالته ، هو لا يلتزم بأن لا تتخلف عنده عاهة بالغة ما بلغت من الشدة وفى النهاية هو لا يلتزم بأن لا يموت فحدوث كل هذه المصائب للمريض بل وأشد منها إن أمكن تصورها لا يعنى فى ذاته أن الطبيب قد أخل بالتزاماته[3] فهو فى أحسن الفروض لا يفعل أكثر من مساعدة الطبيعة لكى تقوى عوامل المقاومة فى جسم المريض ، فكما قال أمبرواز باريه متحدثا عن نفسه «أنا أعالجه والله يشفيه[4]». وفى كثير من الحالات هو لا يفعل أكثر من التخفيف من آلام المرض أو تأجيل المصير المحتوم الذى يدفع إليه المريض .

---

(١) ريوم ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ وتعليق .R. C جازيت باليه ١٩٢٩—١—٦٤٩ راجع ص ٦٥١ عمود أول ، بيزانسون ١٩٣٣/٣/٢٠ دالوز الأسبوعى ١٩٣٣ ص ٢٩٢ .

(٢) وفى ذلك يقول .R. C فى تعليقه على حكم ريوم ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ ، جازيت باليه ١٩٢٩—١—٦٥١ عمود أول : Exiger la guérison d'un malade ou le succès d'une opération c'est témoigner sans doute d'une belle confiance dans les destinées de la science médicale, mais c'est exposer les praticiens à payer souvent trop cher le prix d'un tel témoignage.

(٣) جراى ١٨٧٣/٧/٢٩ سيرى ١٨٧٤—٢—٥٨ دالوز ٧٤—٥—٤٣٦ ، باريس ١٩٢٤/١١/٢٠ جازيت باليه ١٩٢٥—١—١٦٦ ، ريوم ١٩٢٩/٢/٥ جازيت باليه ١٩٢٩—١—٦٤٩ مصر الابتدائية ١٩٣٩ حقوق سنة ٥٤ ص ٧٨ و ٩٤ و ١٨٠ الاسكندرية فى ١٩٤٢/١٢/٣١ فى القضية رقم ٢٦٤ سنة ١٩٤٢ ك ، بيتل ص ١٦٧ ، وديع فرج مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤١٦ ، ٤١٧ .

(٤) فى مرافعة ماتر فى دالوز ١٩٣٦—١—٩٣ .

والطبيب فى وسط هذا البحر الزاخر من المشاكل التى يتحتم عليـــه حلها لا يستطيع أن يتأكد من نتيجـة جهوده . فقد يأتى من جانبه كل الاحتياطات الممكنة دون أن يجنبه ذلك احتمال الخطأ وخطر الحوادث . وهذه المخاطر التى يتعرض لها الطبيب لزاما فى عمله اليومى لا يمكن أن نحمله بها إذا لم يمكن نسبة الخطأ إليه . فمن الناحية الطبية البحتة قد يكون من المستساغ أن يحكم على الطبيب بنتائج أعماله وقد تـكون هذه الفـكرة موجودة فى أذهان الجمهور ولـكن من الناحية القانونية لا يمـكن الأخذ بها فليس إخفاق الطبيب دليلا على خطئه بل إن نجاحه قد يكون راجعا إلى مقاومة ذاتية أو غلطة سعيدة .

الطبيب لا يلزم إذن بشفاء المريض ولا بمنع تطور المرض ضد مصلحته ، هو لا يتحمل تبعة الغلط ولا خطر الحوادث(١) وكل ما عليه على حد تعبير محكمة مصر

---

(١) وسنرى تطبيق ذلك فى موضع آخر من الرسالة وقد جاء فى كتاب تبيين الحقائق ص١٣٧ جـ ٥ مانصه « لا يضمن حجام أو بزاع أو فصاد لم يعد الموضع المعتاد لأنه التزمه بالعقد فصار واجباً عليه والفعل الواجب لا يجامع الضمان كما إذا حد القاضى أو عزر ومات المضروب بذلك ، إلا إذا كان يمـكنه التحرز عنه كدق الثوب ونحوه لأن قوة الثوب ورقته يعرف به ما يحتمله من الدق بالاجتهاد فأمـكن تقييده بالسليم منه بخلاف الفصد ونحوه فانه ينبنى على قوة الطبع وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه ولا مايحتمله من الجرح فلا يمـكن تقييده بالسليم وهو غير السارى فسقط اعتباره إلا إذا جاوز المعتاد فيضمن الزائد كله إذا لم يهلك وإن هلك يضمن نصف دية النفس » ونلاحظ فى مذهب أبى حنيفة أن القاعدة هى أن الطبيب لا يسأل متى لم يتجاوز الموضع المعتاد وكان فعله على وفق الرسم ويعللون ذلك بأن الهلاك ليس بمقارن للعمل وإنما هو بالسراية بعد تسلم العمل ، والتحرز عنها غير ممكن ، لأن السراية تبنى على قوة الطباع وضعفها فى تحمل الألم وما هو كذلك مجهول والاحتراز عن المجهول غير متصور فلم يمكن التقييد بالمصلح من العمل لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة (الهداية والعناية جـ ٧ ص ٢٠٦).

وقد ذكر العبدرى فى كتابه التاج والاكليل لمختصر خليل (مذكور فى مقال الشيخ عبد العزيز المراغى عن مسئولية الطبيب بمجلة الأزهر المجلد ٢٠ ص ٢١١ ، ٢١٢) أنه لاضمان على الطبيب إذا سقى المريض فمات من سقيه أو كواه فمات من كيه أو قطع منه شيئاً فمات من قطعه هذا إذا لم يخطىء فى فعله .

وذكر فى شرح الأزهار فى فقه الزيدية ص ٢٨٣ جـ ٣ عند قول المتن « ولا أرش للسراية عن المعتاد من بصير » .

هو أن يعنى بالمريض العناية الـكافية وأن يصف له من وسائل العلاج مايرجى به شفاؤه من مرضه [١] .

ولقد قيل أن ليس له أن يلتزم بأزيد من ذلك لأن مثل هذا الالتزام مستحيل ولا التزام مع المستحيل [٢] ولـكن هـذا القول بعيد عن الصحة فالاستحالة التى تمنع من وجود الالتزام هى الاستحالة المطلقة المقارنة لنشوئه وطالما أن قلب المريض ينبض بالحياة فلا يمكن القول بأن شفاءه مستحيل ، فإن طرأت الاستحالة بعدذلك فلا تأثير لها على التزام الطبيب الذى وجد صحيحاً . كل ما فى الأمر أنه يبدو أنه لو كانت استحالة شفاء المريض غير راجعة إلى فعل الطبيب فلا محل لمسئوليته ، والقول بأنه يظل مع ذلك مسئولا عملا بالالتزام الذى أخذه على عاتقه ، فيه معنى تحميله بتبعة القوة القاهرة . ومع ذلك فلسنا نرى ما يمنع قانونا من أن يأخذ المـدين على عاتقه عبء القوة القاهرة [٣] فيتحمل تبعتها برضاه واختياره ومن ثم فليس هناك ما يمنع الطبيب — ولو أن العادة لم تجر بذلك — من أن يتعهد قبل المريض بنتيجة

---

(١) مصر سنة ١٩٣٩ حقوق سنة ٥٤ ص ٧٨ و ٩٤ و ١٨٠ ريوم ١٩٢٩/٢/٥ جازيت باليه ١٩٢٩—١—٦٤٩ ، بيزانسون ١٩٣٣/٣/٢٠ سيرى ١٩٣٤—١—١١ دالوز الأسبوعى ١٩٣٣—٥٣٧، لالو فى دالوز الأسبوعى سنة ١٩٣١ العقود التى تلزم أحد المتعاقدين بسلامة الآخر ص٣ ، لالو فى دالوز الأسبوعى سنة ١٩٣١ § ٤ ص ٣٩ وما بعده فى ص ٤٠ .

(٢) مازان ص ٣٨ ، بلانش روديه ص ١٩٥ ، ١٩٦ .

(٣) راجع دكتور وديع فرج « اتفاقات الاعفاء من المسئولية » محاضراته غير المطبوعة لقسم الدكتوراه سنة ١٩٤١ .

والمادة ٢٣٢ من مشروع تنقيح القانون المدنى « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه كحادث فجائى أو قوة قاهرة أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » .

وكذلك نص المادة ١/٢٩٥ إذ قالت « يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائى والقوة القاهرة » .

وتشير المذكرة الايضاحية إلى أن حكم هذه المادة ليس إلا تقنيناً لقواعد التى جرى القضاء المصرى على اتباعها فى هذا الشأن .

معينة [١] . بل لقد قيل فعلا إن التزام الأطباء الذين يزاولون جراحة التجميل هو فى الأصل إلتزام بنتيجة [٢] . فيظل الجراحون — اللهم إلا إذا اشترطوا غير ذلك — مسئولين عن عدم الوصول بالتزامهم إلى النتيجة التى تعهدوا بها حتى يثبتوا القوة القاهرة أو الحادث الجبرى .

وإذا كان الأصل ألا يسأل الطبيب عن شفاء المريض فإنه يحصل أحياناً أن يكون الطبيب ملزماً بالتزام محدد بسلامة المريض لامن عواقب المرض بل من خطر الحوادث أو العدوى وهى غالباً الأحوال التى يقترن فيها العقد الطبى بعقد إيواء بمستشفى ، ففى هذه الحالة [٣] ، لا يكتفى المريض بأن يأويه الطبيب فى المستشفى ويقدم له الغذاء المناسب بل يتطلب منه سلامة جسمه بحيث يظل الطبيب مسئولا عن الأضرار التى تلحقه مدة إقامته فى المستشفى ما لم يثبت أنها من عوارض المرض الذى دخل المستشفى وهو مصاب به أو أنها حدثت نتيجة لقوة قاهرة أو حادث فجائى [٤] .

---

(١) حتى وإن كانت شفاء المريض—بريتون فى التعليق على حكم النقض فى ١٩٣٦/٥/٢٠ سيرى١٩٣٧—١—٣٢١،غرائض١٩٠٢/١/٢٠دالوز ١٩٠٤ــ١ــ١٤١،سافاتييهج٢ بند ٧٧٥ص٣٩٠و٣٩١ ، ناست تعليق على أكس ١٩٣١/٧/١٦دالوز١٩٣٢ــ٢ــ٥ ، بريتون تعليق على نقض ١٩٣٧/٧/١٣ سيرى ١٩٣٩ــ١ــ٢١٦ .

قارن عبارة معين الحكام ص ١٩٨ وحاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٧٦ : سئل نجم الأئمة الحليمى عن صبية سقطت من السطح فانفتح رأسها فقال كثير من الجراحين إن شققتم رأسها تموت وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم أنا أشقه وأبرئها فشقه ثم ماتت بعد يوم أو يومين : هل يضمن ؟فتأمل مليا ثم قال : لا إذا كان الشق باذن وكان معتاداً ولم يكن فاحشا خارج الرسم . فقيل له : إنما أذنوا على أنه علاج مثلها فقال: ذلك لا يوقف عليه ، فاعتبر نفس الاذن . قيل له فلو قال هذا الجراح : إن ماتت فأنا ضامن : هل يضمن قال : لا

وعبارة العمادية « ولو شرط على الحجام ونحوه العمل على وجه لا يسرى لا يصح لأنه ليس فى وسعه إلا إذا فعل غير المعتاد فيضمن » نقلا عن مقال الشيخ عبد العزيز المراغى فى مسئولية الطبيب ، مجلة الأزهر المجلد ٢٠ ص ٢١٢ .

(٢) بودران ــ جراحة التجميل مذكور فى سافاتييهج٢ بند ٧٧٥ ص ٣٩١ هامش ١.

(٣) مازو ج١ بند ٢/١٥٩ ص ٢٠٦ ؛؛ قارن سافاتييه بند ١٣٨.

(٤) مازو ج١ بند٢/١٥٩ص٢٠٧ ؛ قارن بوردو١٩٢٩/٣/١٤ وتعليق ديموج المجلة=

وهذا الحكم لا يحتمل الجدل إذا كان المريض فاقداً لقواه العقلية ، فالغرض الأساسى من العقد هو ضمان سلامة المريض من سوء تصرفه [١] . ولكن الحكم صحيح أيضاً فى أحوال أخرى ، فلقد حكم بأن المستشفى الذى وضعت فيه طفلة يسأل عن المرض الذى تصاب به الطفلة مدة إقامتها بالمستشفى وفى ذلك قررت محكمة استئناف بوردو [٢] أن المستشفى بقبوله الطفل قد عقد على نفسه ضمنا الالتزام بالحلول محل أمه فى كل ما يتعلق برعايته وسلامته الروحية والجسمانية وأن طبيعة المرض الذى أصيب به الطفل تنم عن الإخلال بهذا الواجب ومن ثم عن حصول خطأ تعاقدى لا يمكن أن تعفى المستشفى من المسئولية عنه إلا إذا ثبت الحادث الفجائى أو القوة القاهرة أو فعل الغير الذى يسأل عنه .

ولقد حكم أيضاً بأن مدير المستشفى يسأل عن العدوى التى تلحق المريض أثناء معالجته بالمستشفى [٣] . فعلى أى أساس أقرت المحاكم بوجود هذا الإلتزام ؟ كان المفروض أن ترجع المحاكم مثل هذا الإلتزام إلى الإرادة المشتركة للطرفين إذ أن لها وحدها ، فى غير حالة النص ، القوة المنشئة للالتزام ، وهو الأساس الذى بنى عليه الفقه وجود الالتزام بالسلامة فى بعض العقود .

ولكن من يراجع لغة المحاكم يجد أنها لم تستوح هذا الالتزام من الإرادة المشتركة لما فى تحميلها به من تعسف فى بعض الأحيان [٤] ، بل إنها فرضته على المتعاقدين دون أن تحاول تبرير ذلك بالرجوع إلى المبادىء العامة وهو سلوك لا يمكن تفسيره إلا بأنه عمل من أعمال السلطة أدمجت به المحاكم الالتزام بالسلامة ضمن عقد العلاج والمشكلة

= الفصلية سنة ١٩٢٩ ص ٧١٥ وعرائض ١٤/١٢/١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ــ١ــ١٠٥ وتعليق جوسران سيرى ١٩٢٧ــ١ــ١٠٥ وتعليق اسمان .

(١) عرائض ٤/١/١٩٣٨ جازيت باليه ١٩٣٨ــ١ــ٤٧٥ ، مازو جا بند ٢/١٥٩ ص ٢٠٧ وسافاتييه بند ٧٨٤ .

(٢) بورودو ١٤/٣/١٩٢٩ المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ وتعليق ديموج .

(٣) كولمار ١٧/١٢/١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٦ــ١ــ٣٧٨ ، ديفلو ص ١٧٣ ، مازو جا بند ٢/١٥٩ .

(٤) قارن فى عقد النقل جوسران النقل بند ٨٨٨ .

فى ذلك تنحصر فى معرفة مدى حق القاضى فى تقرير مثل هذا الالتزام [١] .

ومن المؤكد بداهة أن القاضى يجب ألا يسرف فى استعمال هذا الحق ومن ثم يبقى التزام الطبيب فى الأصل إلتزاماً بوسيلة [٢] أى ببذل عناية فى سبيل شفاء المريض ، فما نوع هذه العناية وماهى حدودها ؟

قررت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الشهير الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ أن العقد الذى يتم بين الطبيب والمريض يوجب على الأول إن لم يكن بطبيعة الحال الالتزام بشفاء المريض فعلى الأقل بأن يبذل له عناية لا من أى نوع بل جهوداً صادقة يقظة متفقة فى غير حالة الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية الثابتة [٣] .

---

(١) وتعترضنا فى ذلك المشكلة الكبرى فى بيان مدى سلطان القضاء والقانون .
راجع فى تحليل القضاء الذى أدمج الالتزام بالسلامة فى بعض العقود بران ٢٠٦؛؛ خاصة ٢١٣ ، وديع فرج محاضرته غير المطبوعة لقسم الدكتوراه سنة ١٩٤١ «اتفاقات الاعفاء من المسئولية»

(٢) سين ١٩٣٨/١/٤ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨— موجز الأحكام ١١ . جوسران تقريره فى قضية النقض ١٩٣٦/٥/٢٠ دالوز ١٩٣٦ــ١ــ٩١ . مرافعة ماتر فى قضية النقض ١٩٣٦/٥/٢٠ دالوز ١٩٣٦ــ١ــ٩٣ . ناست تعليقاً على اكس ١٩٣١/٧/١٦ دالوز ١٩٣٢ــ٢ــ٥ . ديموج جـ ٦ بند ١٨٠ ص ١٨٤ ، سافاتييه جـ٢ بند ٧٧٥ ص ٣٩٠ وبند ٧٧٨ ص ٣٩٥ .

(٣) نقض ١٩٣٦/٥/٢٠ سيرى ١٩٣٧ــ١ــ٣٢١ و دالوز ١٩٣٦ــ١ــ٨٨ . مرافعة ماتر فى دالوز ١٩٣٦ــ١ــ٩٣ . تقرير جوسران فى دالوز ١٩٣٦ــ١ــ٩١ . نقض فى أول يولية ١٩٣٧ سيرى ١٩٣٨ــ١ــ٦ ، باريس ١٩٣٨/٣/١٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ــ٣٧٧ ، باريس ١٩٢٤/١١/٢٠ جازيت باليه ١٩٢٥ــ١ــ١٦٦ ، سين ١/٤ سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ملخص ١١ ، نقض ١٩٣٩/٦/٢٧ دالوز الانتقادى للقضاء ص ٥٣ وتعليق ناست، ونقض ١٩٤٠/٥/٢٧ دالوز الانتقادى للقضاء ص ٥٣ وتعليق ناست ، ليزيو ١٨ مارس ١٩٤٢ دالوز الانتقادى للقضاء ــ قسم القضاء ص ١٦٤ ، نقض ١٩٣٨/١/١٨ سيرى ١٩٣٩ــ١ــ٢٠١ ، بريتون فى سيرى ١٩٣٩ــ١ــ٢١٦ ، مصر جنح مستأنفة ١٩٠٤/٤/١٩ استقلال سنة ٣ رقم ١٩٠ ص ١٠٤ ، سم ١٩٣٣/١١/٢ B.L.J. ٤٦ــ٢ــ٩ ، مصر سنة ١٩٣٩ « متى خرجت الواقعة المنسوبة إلى الطبيب بطبيعتها عن نطاق البحث العلمى ومتى صار من الواضح أن الأمر لا ينطوى على خلاف فنى بل على إهمال وجهل بالأشياء التى يتعين على كل طبيب أن يعرفها ويلم بها فحينئذ يقع الأمر فى طائلة الاختصاص القضائى » . حقوق سنة ٥٤ ص ٧٨ و ٩٤ و ١٨٠ . وفى بلجيكا راجع Brugos ١٥ يولية ١٨٩٥ بازيكريزى ١٨٩٦ــ٣ــ١٠٢ .

=

وهذه العبارة التى يمكن تقريبها من عبارة الحكم المطعون فيه حيث قال «جهوداً متواصلة نيرة حذرة» ليست إلا إبرازاً لما جرى عليه القضاء ردحاً من الزمن (١) ، فإن نظرة دقيقة إلى الأحكام التى صدرت بشأن المسئولية الطبية تبين لنا بوضوح أن عبارة محكمة النقض ليست إلا تعبيراً عن مضمونها القانونى .

وهذه العبارة لم يقصد بها بطبيعة الحال الإحاطة بكل الالتزامات التى تقع على عاتق الطبيب إنما هى تبين بصيغة مجملة نوع هذه الالتزامات وحدودها فإن نحن أردنا بياناً شاملا لالتزامات الطبيب يمكننا أن نقول إنها على نوعين فبعضها طبى بحت والبعض الآخر متعلق بواجبات الطبيب العامة (٢) .

أولا : الالتزامات الطبية البحتة :

الالتزامات الطبية بالمعنى الفنى محلها فى الغالب أن يبذل الطبيب عناية بالمريض على أنه يصح أن يكون الغرض منها شيئاً آخر فكثيراً ما يطلب الحريف أن تقتصر جهود الطبيب على فحص حالته و إعطائه شهادة بذلك وعلى الطبيب إذن أن يشخص حالته و يقدم له الشهادة المطلوبة .

= قارن جراى ٢٩/٧/١٨٧٣ وقد قررت أنه إذا لم يكن من الجائز أن يعتبر الطبيب مسئولا لمجرد إخفاقه أو غلطه فى العلاج فالحال غير ذلك إذا أجرى على المريض تجارب خطرة وأهمل مراعاه المبادىء التى يقضى بها العقل فى العلاج (سيرى ١٨٧٤ – ٢ – ٥٨ ، سيرى ٧٤ – ٥ – ٣٦ : ٤). ورغم أن هذا الحكم يدعو إلى التساؤل فيما إذا كانت المحكمة قد قصدت — بقولها إن الطبيب يلتزم بمراعاة المبادىء التى يقضى بها العقل فى العلاج — أن يكون للمحاكم الحق فى بحث النظريات الطبية ووسائل العلاج، فنحن نعتقد أن الحكم بعيد بظروفه عن أن يكون مقرراً لمبدأ .

راجع ديموج ج٦ بند ١٨٠ ، سافاتييه ج٢ بند ٧٧٥ ص ٣٩٠ .

ويعبر فقهاء الشريعة عن التزام الطبيب باتباع الأصول العلمية بقولهم إنه يجب أن تكون الأعمال التى يقوم بها الطبيب على وفق الرسم . راجع مقال الشيخ عبد العزيز المراغى فى مسئولية الطبيب ، مجلة الأزهر المجلد ٢٠ ص ٢١١ ؟؟ والنصوص التى نقلها من كتب علماء الفقه الاسلامى .

(١) بريتون فى سيرى ١٩٣٧ – ١ – ٣٢١ وقارن برنار شميل جازيت المحاكم المختلطة ٢٧ ص ٥ وهو يرى أن حكم النقض قد فتح الباب للتشدد مع الأطباء فى العناية المطلوبة منهم .

(٢) بريتون فى سيرى ١٩٣٩ – ١ – ٢١٦ .

وللطبيب أن يعد بأكثر من مجرد بذل العناية كأن يتعهد بانهاء آلام لمريض أو إزالة عاهة له أو حتى بشفائه فليس فى مثل هذا الالتزام كما رأينا ما ينافى النظام العام أو الآداب .

فى جميع هذه الحالات محل التزام الطبيب عمل طبى بحت ومن ثم يجب أن يباشره على حد تعبير محكمة النقض لا بطريقة ما وإنما عليه أن يرعى واجب الضمير ويلتزم الحيطة والحذر ويلاحظ فى غير حالة الظروف الاستثنائية أن تكون جهوده متفقة مع الأصول العلمية الثابتة .

وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية قد جعلت الطبيب مسئولا عن مخالفة الأصول العلمية الثابتة فإنها لم تصل إلى تقرير هذا المبدأ إلا بعد تطور لازم القضاء زهاء المائة عام .

ولو أننا بحثنا وراء أسباب هذا التطور لأمكن رده إلى عاملين أساسيين عامل اجتماعى قوامه التطور الثقافى والأخلاقى وعامل فنى قوامه النهضة العلمية وما صاحبها من تقدم فى فن العلاج .

فقديماً كان ينظر إلى حوادث العلاج على أنها من أحكام القضاء ونوازل القدر حتى ليندر أن يفكر أحد فى أن يطالب الطبيب بالتعويض عما أصابه من ضرر ؛ فلا غرو أن قال مونتينى «للأطباء الحظ فى أن الشمس تبسط أشعتها على نجاحهم والأرض تدفن أخطاءهم» . أما الآن فقد بات الناس أكثر فهماً لحقوقهم وأصبحوا لا يقنعون بإحساس الطبيب بالمسئولية بل يناقشونه الحساب إن نم سلوكه عن الإهمال أو عدم الكفاءة ، وساعدهم على إدراك مواطن الزلل أنهم أصبحوا أكثر إلماماً بالحقائق الطبية بعد أن كانت سراً غامضاً لا يدرك كنهه إلا المشتغلون بالطب .

ولقد اقترن هذا التطور الاجتماعى بتقدم فى العلوم الطبية وضع تحت تصرف الأطباء قوى لم يصل بعد العلم إلى معرفة كنهها كالكهرباء وأشعة إكس والراديوم وهى وسائل إن كان من شأنها تحقيق نجاح لا نزاع فيه فإنها تتطلب من جانب الأطباء عناية أزيد وحرصاً أشد ، الأمر الذى تضاعفت معه الحوادث التى

أحيطت بالغموض ظروفها وعادت فيها اللائمة على مسلك الأطباء .

ولم يكن التقدم العلمى قاصراً على التوسع فى وسائل العلاج بل نشأت فروع جديدة للطب لم تكن معروفة من قبل كجراحة التجميل فكانت ميداناً جديداً لقضايا المسئولية الطبية .

لا غرو إذن إن وجدنا لغة المحاكم تتطور نحو جعل القواعد القانونية أكثر تمشياً مع الحياة العصرية وليدة التقدم العلمى والتطور الاجتماعى .

فمن ناحية نجد المحاكم قد توسعت فى فهم بعض القرائن التى تقلب عبء الإثبات وبنوع خاص المادة ١٣٨٤ فقرة أولى التى طبقتها على الأطباء أحياناً لدى استعمالهم الأشعة .

ومن ناحية أخرى أقرت المحاكم فكرة الخطأ السلبى أى فكرة المسئولية عن امتناع الطبيب عن القيام بأحد واجباته . ثم توسعت فى فهم واجبات الطبيب فألزمته بمتابعة التقدم العلمى حتى جعلته مسئولا مثلا عن عدم استخدام الوسائل التى يوصى بها العلم الحديث، كالفحص الميكروسكوبى والتحليل والتصوير بالأشعة، كلما كان ذلك لازما لصحة تقديره ويقين رأيه . وهكذا أصبح محرماً على الطبيب أن يعيش فى الماضى أو يتمسك بأهدابه بل أصبح التمشى مع الحياة العصرية واجباً مفروضاً إن أغفله حقت عليه المسئولية .

وأخيراً توسعت المحاكم فى فهم فكرة الخطأ فبعد أن كانت تتحرج من إقتحام الدائرة الفنية فى عمل الطبيب[1] أصبحت تجد، مع تقدم نظام الخبرة ، الوسيلة لبحث مسلك الطبيب من جميع نواحيه حتى إذا ما اتضح لها أنه اخترق القواعد

---

(١) كان ٥ يونية ١٨٤٤ موسوعة دالوز — المسئولية ١٢٩ ، باريس ١٨٥٣/٦/٣٠ موسوعة دالوز — المسئولية ١٣٠ ، سانت كانتان ١٨٦١/٥/٢٢ القانون ٢٧—٢٨ مايو سنة ١٨٦١ ، نقض عرائض ١٨٦٢/٧/٢١ دالوز ٦٢—١—٤٢٩ ، نقض عرائض ١/١١ سنة ١٨٦٥ جازيت المحاكم ١٨٦٥/١/١٢ ، بروكسل ١٨٦٥/١٢/٢ بازيكريزى ١٨٦٦—٢—١٧٥ ، جراى ١٨٧٣/٧/٢٩ دالوز ٧٤—٥—٤٣٦ ، سين ١٨٨٩/١/٢٢ جازيت باليه ٨٩—١—٣٣٦ ، هافر ١٨٨٩/١٢/٥ دالوز ٩١—٢—٢٨١ ، ليج ٧/٣٠ =

الأساسية المسلم بها فى الفن الطبى أوجبت عليه المسئولية والزمته بالتعويض .

وإن تعبيرات الأحكام لتشف عن هذا التطور الذى لابس القضاء فبعد أن كانت المحاكم حريصة على أن تصف خطأ الطبيب الموجب لمسئوليته بأنه خطأ جسيم أو واضح [٢] نرى محكمة النقض فى حكمها سالف الذكر تصرح بأن الطبيب يلزم بأن يبذل للمريض عناية لا من أى نوع كان بل جهودا صادقة يقظة متفقة فى غير حالة الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية الثابتة ثم تقرر أن الإخلال حتى غير المتعمد بهذا الالتزام جزاؤه المسئوليـة . ولا يخفى أن محكمة النقض قد نبذت تعبير الخطأ الجسيم الذى لم يعد له فى الواقع أى موجب .

والمبدأ الذى قررته محكمة النقض قد يعترض عليه بأن ليس فى الطب أصول علمية ثابتة والتاريخ شاهد على ما قبر فى الطب من نظريات كانت تعتبر فى حينها من الأصول الواجب اتباعها . فـكيف يجبر إذن طبيب على اتبـاع حقائق اليوم التى قد تصبح أخطاء الغد .

ولـكن هذا الاعتراض ينطوى على كثير من المغالاة — فلا شك أن الطب

= سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ـ٢ـ٢٨١ ، اتحادسويسرى ١٨٩٢/٦/١٠ سيرى ٩٢ـ٤ـ٣٨ ، بورجوان ١٨٩٦/١/٢٩ دالوز ٩٦ـ٢ـ٤٠٦ ، ليون ١٩٠٤/١١/١٧ دالوز ١٩٢٠ـ١ـ٣٠ ، أميان ١٩٠٦/٢/١٤ دالوز ١٩٠٧ـ٢ـ٤٤ ، سين ١٩٠٧/٧/٢٠ دالوز ١٩١٢ـ٢ـ٣٥٦ ، مونتبلييه ١٩٠٩/١٢/١٥ دالوز ١٩١٠ـ٥ـ٣١ ، بيزانسون ١٩١٢/١٠/١٦ جازيت باليه ١٩١٢ـ٢ـ٥٤٢ ، سين ١٩١٤/٢/٢٣ جازيت باليه ١٩١٥ـ٢ـ٢٤٢ ، نقض ١٩١٩/٧/٢١ سيرى ١٩٢٢ـ٢ـ١١٣ فى الهامش ، إيفرو ١٩٢٢/١١/١٦ جازيت باليه ١٩٢٢ـ٢ـ٦١٨ ، باريس ١٩٢٤/١١/٢٠ جازيت باليه ١٩٢٥ـ١ـ١٦٦ ، جنح مصر ١٩٢٧/٥/٢ مجموعة رسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ ص ٢٠ .

وقد جاء فى حيثيات الحكم « والمبدأ الذى يمكن أن يستخلص من هذه الأحكام هو أنه ليس للمحاكم أن تبحث فى النظريات والآراء الطبية كما أنه ليس لها أن تراقب أو تنتقد طريقة العلاج وبناء على ذلك لا يصح أن يسأل طبيب عن أغلاط فى تشخيص المرض أو لأنه باشر عملية جراحية بغير مهارة كان يمكن لطبيب ماهر أن يباشرها بنجاح عنه » .

العطارين ١٩٢٩/٤/٩ حقوق سنة ٤٤ ص ١٦٩ ، قارن مصر الابتدائية بدائرة استئنافية فى سنة ١٩٣٩ حقوق سنة ٥٤ ص ٧٨ و ٩٤ و ١٨٠ .

(١) راجع ما قلناه آنفا بشأن استعمال المحاكم لتعبير الخطأ الجسيم والخطأ الواضح والأحكام التى أشرنا إليها هناك .

وحكمه فى ذلك حكم العلوم والفنون الأخرى يشمل أصولا تعتبر ثابتة ومسلمة على الأقل فى فترة معينة من حياة العلم أو الفن . هذه الأصول يعرفها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينتسب إليهم ، لهذا يلجأ القضاء إلى الخبراء من الأطباء والجراحين لتقدير ما إذا كان زميلهم قد جهل تلك الأصول أو تخطاها. ومع أن القاضى هو المسئول فى النهاية أمام ضميره عن الحكم الذى يصدره إلا أنه لا سبيل لديه إلى كشف أصول الطب بنفسه فهو يشرك الخبراء من الأطباء معه فى تقدير أهم عناصر المسئولية الطبية و إن لم يشتركوا معه رسمياً فى الحكم الذى ساهموا بأكبر قسط فى الوصول إليه[1] . لذلك كانت مسئولية الخبراء الأدبية من هذه الناحية أكبر من مسئولية غيرهم من الخبراء بل هى تفوق مسئولية القضاء ذاته لعجز هذا الأخير فى معظم الأحيان عن التثبت من حقيقة الأمر فيما يتعلق بما يدلون به من رأى أو تقدير .

ولكن هل معنى وجوب اتفاق جهود الطبيب مع الأصول العلمية الثابتة أنه يجب على كل طبيب أن يلم بما يعلمه كل طبيب آخر وأن يطبق العلم كما يطبقه غيره من الأطباء ؟ ومن ناحية أخرى هل يقتضى وجوب اتباع الطبيب للأصول العلمية الثابتة إحجامه عن التجديد أو عن المبادرة بإفادة مرضاه بكل كشف أو اختراع حديث ؟

أما عن الأمر الأول : فقد أبنا عند دراسة ركن الخطأ أن التزامات الطبيب تراعى فيها شخصيته فالطبيب العمومى لا يتحمل بنفس الالتزامات التى يتحملها الطبيب المتخصص وهكذا ، ثم إن المهنة الطبية كغيرها من المهن الحرة يجب أن تترك لمن يزاولها قدراً من الاستقلال فى التقدير والعمل يتناسب وحرية المهنة ، وهى ما سميت حرة إلا لهذا ، فالطبيب لا يعمل كالآلة والمرضى ليسوا كالمثليات، يقوم الواحد منهم مقام الآخر، وقد قيل فى فرنسا أن ليست هناك أمراض بل مرضى فكيف ينتظر من طبيب حتى فى نفس المستوى المهنى لطبيب آخر

---

(١) وديع فرج ـــ مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤١٨ و ٤١٩ .

أن يحتذى خطاه دائماً بحجة أن جهودها يجب أن تتفق وأصول العلم الثابتة ! ! .
ما نظن محكمة النقض قصدت ذلك بحكمها ، وكل ما ترمى إليه تلك المحكمة هو أن هناك حداً أدنى فى مزاولة مهنة الطب لو انحدر عنه الطبيب اعتبر منه ذلك إغفالا أكيداً لواجبات مهنته وهذا هو نفس ما قلناه عند دراسة ركن الخطأ وهو يبين الرابطة الوثيقة بين تقدير الخطأ ومدى الالتزامات فى عقد العلاج[1] .

فمجرد اتباع الطبيب لوسيلة قديمة فى العلاج ليس سبباً لمسئوليته بل المسألة نسبية . فلايغتفر للطبيب أن يظل جامداً أمام تيار التقدم الجارف متمسكا بوسائل العلاج التى هجرها جل زملائه ، فإذا لم يكن ملزماً بتتبع أحدث التيارات العلمية ليكون واقفاً على آخر ما وصل إليه التقدم فى الفن الطبى فلا أقل من أن يكون ملماً بالوسائل الحديثة التى استقرت الهيئة الطبية على إتباعها[2] .

أما عن الامر الثانى : فما نظن محكمةالنقض قصدت بوجوب اتباع أصول العلم الثابتة أن تفرض على الأطباء الجمود والجبن فى مزالتهم لمهنتهم و إلا بقيت تلك الأصول ثابتة أبد الدهر[3] مع أنه ما من علم قبرت له من النظريات وولدت له منها كعلم الطب وكل ما تقصده محكمة النقض فى رأينا هو أن الطبيب متى عرضت له حالة من الحالات التى تدخل تماماً فى الحدود المرسومة والتي وضع لها العلم حلا دلت الخبرة على صلاحيته ملزم باتباع ذلك الحل التقليدى حتى لايعرض المريض بالخروج عليه لخطر لامبرر له. أما إذا عرضت له حالة لاتدخل تماماً فى تلك الحدود فهنا يكون له حق المفاضلة بين النظريات المختلفة ليختار وسيلة العلاج التى يراها أكثر مناسبة للحالة التى بين يديه[4] .

---

(١) وديع فرج — مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤١٩ و ٤٢٠ .
(٢) بيرو فى سيرى ١٩٢٤—٢—١٧ ، سافاتييه جـ٢ بند ٧٩١ ص ٤١٠ .
(٣) وفى ذلك يقول بيرو فى سيرى١٩٠٩—٢—٣٢١ تعليقاً على اكس٢٢/١٠/١٩٠٦
«Contraindre le médecin à se cantonner dans des procédés rebattus de traitement ou d'investigation serait ériger la routine en système au grand détriment des malades dont l'intérêt demande, au contraire des progrès continuels et quelquefois des hardiesses».
(٤) وديع فرج — المرجع السابق ص ٤٢٠ .

على أنه قد تعرض له حالة من تلك الحالات التى يحار فيها نطس الأطباء فلا يجد أمامه أصولا ثابتة أو تقاليد مرعية يسير على منهاجها، فهنا يكون عليه أن يساير الحالة طبقاً لما تقتضيه مصلحة المريض، ولا يكون ذلك حتما بقلب الأوضاع الثابتة للعلم والفن وإنما بتحويرها بحيث تتفق وما تتطلبه الحالة؛ فإن لم يكن فى الأصول الطبية المعروفة ما يمكن القياس عليه فلا حرج على الطبيب فى أن يجرب علاجا جديداً قد يكون فيه شفاء المريض[1]، وهذا النوع من التجديد هو الذى يمتاز به الطبيب الناهض على زميله الخامل ولاغنى عنه لأى علم أو فن فى التطبيق العملى، ولكن يشترط فى هذه الحالة كما سنرى أن تكون جهود الطبيب خالصة لفائدة المريض وحده وأن تكون أخطار العلاج متناسبة مع فائدته؛ ومقتضى هذا أن يكون العلاج الجديد نتيجة دراسة فنية دقيقة مصحوبة بتجارب على الحيوان دلت على مقدار صلاحيته بحيث إذا ما أجريت تجربته على المريض كانت مخاطره — فى حدود ما يمكن للانسان توقعه — بحيث تتناسب مع فوائده.

ومن أجل ذلك تجب التفرقة بين التجارب التى يبتكرها ذوو الخبرة من الأطباء نتيجة لجهودهم المتواصلة وثمرة لدراساتهم الطويلة حيث لا يكون تطبيقها موجباً للمسئولية وبين التجارب التى يجريها طبيب له خبرته المتواضعة وتجاربه المحدودة دون أن يعتمد فيها على أساس علمى صحيح أو يسبقها بدارسة جدية وهى بلا شك موجبة لمسئوليته لأن تطبيقها ينطوى على رعونة وإهمال[2].

ولا يعترض بأن المسئولية يجب أن تكون واحدة بالنسبة للجميع إذ لا شك أن تجارب الاخصائى المحنك، التى هى كما قلنا نتيجة جهد متواصل ودراسة طويلة ورغبة ملحة فى الوصول إلى غاية مجدية على البشرية، أدنى إلى النجاح وأقل تعريضاً

---

(١) جرافن ص ١٥٨، ليون ١٥ ديسمبر سنة ١٥٨٩ سيرى ١٩٠٩ــ٢ــ٣٢١، الجزائر ١٨٩٧/١١/١٩ سيرى ١٩٠٩ــ٢ــ٣٢١، وديع فرج مجلة القانون والاقتصادسنة ١٢ ص ٤٢٠ و٤٢١. سين ١٩٠١/١/٥ بانديكت ١٩٠٢ــ٢ــ٢١٦، حيثيات باريس ١٩١٣/١/٢٢ سيرى ١٩١٩/١٨ــ٢ــ٩٧، بيرو فى سيرى ١٩٠٩ــ٢ــ٣٢٢ § ٣.

(٢) كولان مذكور فى راليه ص ٥٣؛ فوازينيه ص ١٣٧.

للمريض للخطر ، من التجارب التى يجريها طبيب غير مختص وليست له مكانة علمية خاصة[١]؛ على أنه إذا كان الأصل أن يكون الطبيب ملزماً باتباع الأصول العلمية الثابتة فى جميع الحالات التى وضع لها العلم حلولا دلت الخبرة على صلاحيتها فليست هذه القاعدة مطلقة وهو ما قررته محكمة النقض بقولها إن جهود الطبيب فى غير حالة الظروف الاستثنائية يجب أن تكون متفقة مع الأصول العلمية الثابتة . والمقصود بالظروف الاستثنائية هى تلك الظروف الخارجية التي تحيط بعمل الطبيب كظرف السرعة فى العمل أو حرمان الطبيب مما يقتضيه التطبيق السليم لقواعد العلم والفن ، فالطبيب الذى يستدعى فى حالة وضع فى قطار أو الذى يفاجأ على غير سابق علم منه بحالة تتطلب تدخلا عاجلا تقتضيه ضرورة إنقاذ مصاب من خطر داهم ، له أن يخرج على الأصول العلمية الثابتة بقدر ما تفرضه عليه الظروف ، و إن كان هناك مجال لتطبيق قاعدة الضرورات تبيح المحظورات فهذا مجالها [٢] .

ثانياً — الالتزامات المتعلقة بواجبات المهنة :

هذه هى بوجه عام الالتزامات الطبية المفروضة على الطبيب . ولكن إلى جانبها يتحمل الطبيب واجبات لا تتصل بالفن الطبي فى ذاته بل هى ترجع إلى طبيعة العلاقة بينه و بين المريض . فلئن كانت المصلحة الفردية هى نبراس كل متعاقد فيما يضعه من شروط ، ولئن كان من حق كل منهم أن يسعى إلى تحقيق أكبر مصلحة ممكنة مقابل أقل تضحية ، فإن طبيعة العلاقة بين المريض والطبيب تأبى التنافس بين الإرادات والتطاحن بين المصالح إذ الغاية منها مصلحة المريض فحسب .

---

(١) راليه ص ٥٤ و ٥٥ .

(٢) دويه ٢٤/١/١٩٣٣ سيرى ٣٣—٢—٢١٣ ، دالوز الأسبوعى ١٩٣٤ ملخص ٣ ، بيزانسون ١١/٧/١٩٣٢ جازيت باليه ١٩٣٢—٢—٦٩٤ ، ديموج حالة الضرورة فى المسئولية التقصيرية جـ ٣ بند ٢٤٠ ، ديموج حالة الضرورة فى المسئولية العقدية جـ ٦ بند ٦٢٨ فالك المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء سنة ١٩٣٧ ص ٦٢٣ و ٦٢٤ وديع فرج مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٢٠ و ٤٢١ .

وإذا جاز لنا أن نستعير فكرة أما نويل ليفى[1] التي أسلفنا بيانها عند تعريف الخطأ فليس بخاف أن العلاقات المهنية مبنية على الثقة[2] تلك الثقة التى تتجلى بأكمل معانيها فى ذلك المريض الذى يضع حياته بين يدى الطبيب و يترك له حرية التصرف فى جسمه دون أن يزعم لنفسه حق مناقشته فيما يختار له من دواء أو يصف له من علاج ومن ثم كان لزاما على الطبيب أن يوجه جهوده خالصة لمصلحة المريض حتى لا يتعرض للاخلال بالثقة المشروعة التى وضعت فيه .

هذه العلاقة النبيلة التى تربط المريض بالطبيب تفرض عليه أن يكون ناصحاً للمريض وحامياً له[3] وهو من أجل ذلك يلزم بواجبات كثيرة متشعبة أولها بالنسبة للمريض الذى تعهد بعلاجه أن يحضر فى وقت مناسب ليحيطه بعنايته[4] ، فإذا ما حضر الطبيب وفحص المريض كان عليه أن يصف له حالته و يبدى له رأيه فى تشخيص مرضه[5] .

وليس للطبيب أن يستبد برأيه فاذا شعر ، إزاء حالة خاصة، بنقص فى معلوماته

---

(١) راجع شرح نظريته فى حشمت أبو ستيت — بند ٤٤٧ ص ٣١٥ .

(٢) مارتان ص ٤٩ .

راجع مرسيليا ١٩٢٣/١/٢٤ جازيت باليه ١٩٢٤—١—١٢١ الذى قضى بأنه لا يصح للطبيب أن يبيع حرفاءه لأن العلاقة بينهما مبنية على الثقة فهى علاقة تدور على اعتبارات شخصية محضة لا تدخل فى دائرة التعامل .

وراجع أيضاً باريس ١٩٢٣/٦/٦ دالوز ١٩٢٤—٢—١١٧ وقد قضى بأنه لا تثريب على المرأة التى كسر ذراعها إذا اتبعت العلاج الذى أشار به الطبيب ولم تشك من الآلام التى تحملتها من جرائه وبأنه لا يحق لشركة التأمين أن تلومها على ثقتها بالطبيب إذا نشأ عن ذلك تأخرها مدة شهر عن الالتجاء إلى إحدى المستشفيات لإسعافها .

(٣) سافاتييه بند ٧٧٧ ، ديفلو ص ٦٢

(٤) بريتون فى سيرى ١٩٣٩—١—٢١٦ . نقض ١٨٣٥/٦/١٨ ومذكرة النائب العام دوبان سيرى ١٨٣٥—١—٤٠١ . پو ١٩١٣/٦/٣٠ سيرى ١٣—٢—٢٧٧ و دالوز ١٥—٢—٤٩ . قارن پو ١٩٠٠/٥/١ سيرى ١٩٠٠—٢—٣٠١ .

(٥) نالك المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ٦٢٨ . مارتان ص ٨١ و ١٠٧ .

أو قصور فى تجار به فعليه أن ينصح باستشارة إخصائى[1] . و إذا تبين أن علاج المريض لن يتم على الوجه الأكمل إلا بنقله إلى مستشفى فعليه أن يشير بذلك[2] .

و إذا استدعى الطبيب إخصائياً لاستشارته كان عليه أن يطبق العلاج الذى يشير به هذا الإخصائى فان كان يخالفه فى الرأى فله أن يطلب استشارة أخرى أو ينسحب بعد أن يشرح الحالة للمريض أو ذويه[3] .

ولا يصح أن يسرف الطبيب فى انتقاد العلاج الذى يشير به زميله[4] وعليه إذا باشر عملية أن يلاحظ حالة المريض إلى أن يفيق[5] .

هذه بعض أمثلة ليس فيها إلا تعداد لواجبات لا حصر لها . ولعل هذه الواجبات التى لم تعن بها محكمة النقض الفرنسية فى سنة١٩٣٦ هى المقصودة بالحكم الذى أصدرته فى ١٩٣٧/١٠/١٨[6] إذ قررت أن الطبيب ملزم بمراعاة الأصول العلمية والقواعد التى أوجبتها تقاليد المهنة[7] .

---

(١) تعليق بيرو على ليون ١٩٠٤/١١/١٧ فى سيرى ١٩٠٧—٢—٢٣٣ فالك المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ص٦٢٨ .

(٢) وهو مسئول إن تأخر فى إبداء رأيه بضرورة نقل المريض إلى المستشفى قارن نقض ١٩٣٧/١٠/١٨ سيرى ١٩٣٨—١—٦ ودالوز الأسبوعى ١٩٣٧—٥٤٩ .

(٣) مونبليه ١٩٣٤/٦/٧ دالوز الأسبوعى ١٩٣٤—٤٨٣ ، نقض ١٩٣٧/١١/٢٩ فى سيرى ١٩٣٨—١—٢٥٧ وتعليق ا. ب. بريتون فى تعليقه على نقض ١٣—٧—١٩٣٧ فى سيرى ١٩٣٩—١—٢١٦ .

(٤) نانت ١٩٠٧/٧/١٥ جازيت باليه ١٩٠٧—٢—٣٩٩ .

(٥) بورج ١٩٣٨/٢/٢جازيت باليه ١٩٣٨—١—٧٢٣، سين ١٩٣٨/٥/٣ جازيت ١٩٣٨—٢—٣٦٣ .

(٦) نقض ١٩٣٧/١٠/١٨ سيرى ١٩٣٨—١—٦ .

(٧) «Les règles consacrées par la pratique médicale» ونحن نفضل عبارة La Pratique médicale. على عباره Déontologie médicale ففيها دلالة على مجموع الالتزمات المستمده من الأخلاق والتقاليد المهنية . راجع سم ١٩٣٣/١١/٢جازيت ٢٥ ص ٣٠ رقم ٤٤.

وهى إذا قررت أن الطبيب يعتبر مسئولا عن جهله بالأصول العلمية لم تغفل الزامه بمراعاه القواعد التى تقضى بها التقاليد المهنية . راجع أيضاً م٨ من القانونرقم ٦٥ سنة ١٩٤٠ الخاص بانشاء نقابة عليا للمهن الطبية إذ نصت على أنه « يجب على العضو الذى قيد اسمه بالجدول أن يتوخى فى أداء واجباته تقاليد المهنة ومقتضيات شرفها ... »

و إذا كنا فيما أجملنا من بيان لالتزامات الطبيب قد لمسنا القواعد التى تحكم العلاقة بينه و بين المريض فإنا لنستشعر من هذا البيان أن تلك القواعد تتأثر إلى أبعد حد بالضرورات العملية التى يواجهها الطبيب فى كل خطوة من مراحل علاقاته بالمريض لهذا كان من الضرورى للمساعدة على فهم تلك القواعد على حقيقتها أن نعطى صورة للتطبيق العملى لها على مختلف مراحل تلك العلاقة بين الطبيب والمريض .

١ — دعوة الطبيب :

دعوة الطبيب هى أولى المراحل التى تبدأ بها علاقته بالمريض وهى مرحلة سابقة على تكوين عقد العلاج . فالطبيب وقت أن توجه إليه دعوة المريض أو نائبه لا تربطه به أية رابطة عقدية . فهل هناك ما يلزمه بتلبية تلك الدعوة ؟ وهل فى رفضه القيام بالعلاج أية مسئولية عليه ؟ [1] .

كان الرأى الغالب فى الفقه [2] والقضاء [3] الفرنسيين إلى عهد قريب أن

(١) الفرض الذى نعالجه هنا هو حالة عدم وجود رابطة عقدية بين الطبيب والمريض وبذلك تخرج عن دراستنا حالة الطبيب الذى يعمل فى مستشفى أو يتفق مع أحد أرباب الأعمال على علاج العمال فقد رأينا أن العقد بين الطبيب وإدارة المستشفى أو بينه وبين رب العمل يتضمن اشتراطاً لمصلحة المرضى فهو ملزم بقبول دعوتهم للعلاج ومسئوليته فى ذلك عقدية .

(٢) فازنبات ص ٣٩ ، بروواردل مزاولة الطب ص ١٧١ ، ديسلير ٩٢ و ٩٣ ريبير المجلة الانتقادية سنة ١٩١٢ ص ١٩٧ ، بيتل ص ٦٤ ، ساناتيه جـ٢ ص ٤٠١ بند ٢٨٤ مكرر وص ٣٩٧ بند ٧٨٠ ، مازو جـ١ بند ٥٢٩ ، نيجر ص ٥٩ ، دونديودى ذابر النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٦٨ ، بلانيول واسمان بند ٥٢٤ ، ديموج المجلة الفصلية ١٩٣٢ ص ١١٠٣ ، بروواردل المسئولية الطبية ص ٤٢ ، مانش ص ١٤١ ، جرافن ص ١٨٤ ، دالوز ريبرتوار براتيك أنظر طبيب بند ٣١ ، جاردنا وريتشى بند ٢١٤ ص ٣١٥ ، ساهو ص ٦٧ ، ديفلوص ٣٧ ، بريان وشوديه جـ١ ص ٢٦ ، لالو طبعة أولى بند ٢٨٨ ، كاربنتيه موسوعة القانون الفرنسى جـ٢٧ طبيب وجزاح بند ٣١١ ص ٧٢٠ . راجع أيضاً وديع فرج ص ٤٢٢ .

(٣) نقض ١٨٣٠/٦/٤ سيرى ٣٠ — ١٨٣٠ — ١ — ٣٤١ ، بيزانسون ١٨٨٧/٢/١٧ سيرى ٨٧ — ٢ — ٦٩ و ٩٤ ، بو ١٩٠٠/٥/١ سيرى ١٩٠٠ — ٢ — ٣٠١ وداللوز ١٩٠٢ — ٢ — ٣٣ ، شاتورو ١٩٠٨/٨/١ جازيت باليه ١٩٠٨ — ٢ — ٣٦٨ ، سين ١٩٠٨/٨/١ ، دالوز —

الطبيب له كامل الحرية فى قبول أو رفض الدعوة للعلاج فهو لا يلزم بتلبية دعوة المريض أكثر من التزام الشخص الذى يرى غريقاً مشرفاً على الهلاك بأن يقدم له يد المساعدة والقول بغير ذلك يضع الطبيب فى حالة عبودية تسلبه الراحة الفكرية والجسمانية معاً بما فى ذلك من إضرار بجمهور المرضى ، فكما أن رضاء المريض شرط لتدخل الطبيب فكذلك لا يعتبر الطبيب ملزماً بالعلاج إلا بعد قبوله ولا يعتبر امتناعه سبباً لمسئوليته .

ولقد كان الفقه متأثراً فى هذا الرأى بما عليه الحال فى القانون الجنائى حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص حتى لقد قيل [1] إنه لمن المدهش حقاً أن الشارع لم يتعرض بنص لإلزام الطبيب بتقديم العلاج للمرضى الذين يطلبون منه المساعدة مع أن هذا النقص قد تكون له نتائج سيئة خاصة فى الريف حيث لا يوجد غالباً أكثر من طبيب واحد . ويكفى أن نتصور أن الطبيب الفرد يرفض بغير مبرر معقول أن يقدم العلاج لمريض فيحرم بذلك من عناية طبية ربما كانت تنقذه من براثن الموت وإنه لما يدعو إلى الأسف ألا يكون الطبيب مسئولا فى هذه الحالة .

ولم يكن بين الشعور بالأسف والقول بالمسئولية إلا خطوة واحدة، فلقد كان حتما أن يتجه القانون نحو الالتئام مع الاعتبارات الإنسانية التي تقضى بمسئولية الطبيب حال امتناعه عن علاج المريض ، إن لم يكن على إطلاقها ، فعلى الأقل فى بعض الأحوال . ولكن على أى أساس يمكن أن تبنى هذه المسئولية ؟ وفى أى الحالات يجب أن تكون ؟ .

= ١٩٠٥–٥–١، مرسيليا ١٥/١٢/١٩٠٩ دالوز ١٩١١–٥–٢٠، سين ١٩/١٢/١٩١٠ دالوز ١٩١١–٥–٩، مانت ٢٦/١/١٩١٢ G. P. ١٢–١–٣٢٨ ، نقض ٢٨/١/١٩٣٠ جازيت باليه ٣٠–١–٥٥٠، نقض ٤/٦/١٩٣٠ سيرى ١٩٣٠–١–٣٤١، سين ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٢ جازيت المحاكم ١٩٣٢–٢–١٣٢، جراس ٢٧/٥/١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥–٢–٣٤١، سين ٤/١/١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ ملخص ١١ .
قارن . كامبريه ١٥/٣/١٩٠٠ جازيت المحاكم ١٤/٤/١٩٠٠ .

(١) مازان ص ٧٩، مانش ص ١٤٢ .

أولا — نظرية الوظيفة الاجتماعية :

لاشك أن النصوص التي في ظلها نادى الفقه والقضاء بعدم مسئولية الطبيب ظلت جامدة لم تتغير ولكن القانون ما هو إلا النتاج المطرد الذاتي للوقائع أكثر من كونه من عمل الشارع ، فمع بقاء التشريعات الوضعية ومجموعاتها سليمة بنصوصها الجامدة فإن أنظمة قانونية جديدة تتكون باطراد بقوة سير الأمور وتحت ضغط الحوادث .

فلئن كان النظام القانوني قد قام في بادىء الأمر على المذهب الفردي فإن التطور الاجتماعي قد اتجه بالنظام القانوني نحو تقرير واقعة الوظيفة الاجتماعية (١) المفروضة على الأفراد والجماعات . فعلى كل فرد واجبات قبل الجميع وليس له من الحقوق غير حقه في القيام بواجبه دائماً . فهناك نظام جديد يتكون في كل المجتمعات ، نظام يختلف مدى تقدمه باختلاف البلاد ، نظام قانوني جاء ليحل في بطء وتحت ضغط الحوادث محل النظام القديم وهذا دون تدخل الشارع ورغم صمته .

ويقوم هذا النظام الجديد ، الذي يستبعد تدريجاً الفكرة الميتافيزيكية للحق الذاتي ، على فكرة واقعية بحتة ، هي فكرة الوظيفة الاجتماعية التي تقوم في صميمها على إنكار الحق المطلق المستقل للفرد ، وإنما الأمر وظيفة محددة يؤديها كل فرد في المجتمع وحاجة معينة يقضيها .

فلئن كان الطبيب حراً في ظل المذهب الفردي في أن يتقبل دعوة المريض أو يرفضها فإن حريته لم يعد لها هذا المعنى في النظام الحديث ، فللطبيب وظيفة اجتماعية وبالتالي عليه واجب اجتماعي بأدائها ، وليس له أن يرفض علاج المريض إذا دعاه ، ليس له أن يتخذ موقف السكون ، ليس له الحق في عدم النشاط الجدي أي في الكسل بل القانون يفرض عليه العمل وهو بذلك لا يفعل سوى إلزامه بأداء الوظيفة الاجتماعية المفروضة عليه (٢) .

---

(١) ديجوج جـ ٥ ص ٣ «Auguste Comte : Système de politique positive ed. 1892 T. 1. P 156» ، هوريو مبادىء القانون العام طبعة ١٩١٠ ص٣٨ .

(٢) إهرنج تطور القانون ص٩٧ بند ٧٥ ؟؟
قرب الحكم في الشريعة الاسلامية حيث يعتبر تعلم فن الطب فرضاً من فروض الكفاية =

فلكل فرد فى المجتمع وظيفة يقوم بها وحاجة معينة يؤديها وهو لا يستطيع أن يتنصل من القيام بها لأن امتناعه يسبب اختلالا فى النظام أو على الأقل يؤدى إلى ضرر اجتماعى[1]. فأساس الكيان الاجتماعى هو الاحتفاظ بتماسك مختلف العناصر الاجتماعية وذلك عن طريق أداء الوظيفة الاجتماعية الملقاة على عاتق كل فرد. وهكذا تحل فكرة اشتراكية حقاً للقانون محل الفكرة الفردية التقليدية. فهناك تطور وتحول، تطور مفروض بما تفرضه به الظواهر الطبيعية من قوة وهو وإن أمكن وقفه بعض الوقت أو عرقلة سيره إلا أنه لن يلبث أن يتحقق ويتم، فهو النتيجة الطبيعية والحتمية للتطور العام وللفكرة الحديثة عن الحرية التى لا تعتبر حقاً ذاتياً بل نتيجة للالتزام المفروض على كل شخص بأن يوجه نشاطه نحو القيام بوظيفته حتى يساهم فى التضامن الاجتماعى على أكمل الوجوه الممكنة.

هذه النظرية على وجاهتها تنطوى على غلو فى تقدير أهمية فكرة التضامن الاجتماعى. فنحن لا ننكر أن هناك نزعة ظاهرة نحو الاشتراكية فى القانون، ولكن التطور لم يصل بعد إلى حد اقتلاع الأنظمة الفردية من أساسها ولا يمكن أن نقول فى ظل الأوضاع الحالية أن المهنة الطبية أصبحت لها صبغة المنافع العامة بحيث يعتبر القائمون بها مجندين لخدمة الجمهور[2].

= وواجباً على كل شخص لا يسقط عنه إلا إذا قام به غيره وقد اعتبر تعلم الطب فرضاً لحاجة الجماعة للتطبيب ولأنه ضرورة اجتماعية.

وإذا كان الغرض من تعلم الطب هو التطبيب وكان تعلم الطب واجباً نيرتب على هذا أن يكون التطبيب واجباً على الطبيب لا مفر له من أدائه. على أن التطبيب يعتبر واجباً كفائياً كلما وجد أكثر من طبيب فى بلدة واحدة فإذا لم يوجد إلا واحد فالتطبيب فرض عين عليه أى أنه واجب غير قابل للسقوط. [التشريع الجنائى الاسلامى مقارنا بالقانون الوضعى تأليف عبد القادر عودة جـ١ ص٥٢٠٠].

(١) دوجى. التطورات العامة للقانون الخاص ص٢٨و١٥٨.

(٢) قارن. ديموج جـ٢ بند ٥٥٢ ثالثاً ص١٦٢ وسنهورى العقد بند ٢٥٤ ص ٢٥٨ وجوسران روح الحقوق بند ٨٨ وهامش ٤.

ثانياً — نظرية الإيجاب الصادر للجمهور :

لذلك يميل البعض لتبرير مسئولية الطبيب إذا هو رفض دعوة المريض لعلاجه إلى القول بأنه بحكم احترافه مهنة الطب يعتبر فى حالة عرض دائم على الجمهور فإذا دعاه أحد المرضى لعلاجه كان ذلك منه قبولا لإيجاب قائم. و بذلك يكون الطبيب ملزما بإجابة كل طلب يأتيه .

ولكن لكى تسلم هذه النظرية يجب أن يثبت أن الطبيب قد اتجهت نيته حقيقة إلى معنى الالتزام قبل أى فرد من الجمهور وهو ما لا يمكن افتراضه فى العقد الطبى الذى يدور على اعتبارات شخصية سواء أكان ذلك من جهة المريض أم من جهة الطبيب[١] .

ثالثاً — نظرية الاحتكار :

(وهى عند التدقيق توجيه آخر للنظرية السابقة) وقد أراد البعض دفع الاعتراض السالف على النظرية مصوراً إياها بتصوير آخر فقال إن الطب مهنة لا يجوز لغير الأطباء ممارستها فهى احتكار قانونى لهم . ولكن المحتكر لا يجوز له أن يرفض تقديم خدماته لمن يطلبها من الجمهور فهو فى حالة عرض دائم ضرورى[٢] لأن الجمهور لا يجد إلا عنده ما هو محتاج إليه. فمجرد الاحتكار يعتبر إيجاباً معروضاً على الجمهور وكل شخص يقبل هذا العرض يلزم بقبوله المحتكر[٣] وعلى ذلك

(١) قرب . سنهورى العقد بند٢٥٣، بهجت بدوى بند ٦٣ص٩٦، لالو الطبعة الأولى بند٤٢٦و٤٢٧، بلانيول واسمان ج٦ بند١٤٢و١٢٧ مذكرات الدكتور خيال غير المطبوعة فى الالتزامات وهو يقرر أن الايجاب الموجه إلى الجمهور لا يعتبر موجهاً إلى الكافة بل إلى ذلك الجزء من الجمهور الذى يمكن أن يصدر منه قبول لا يضر الموجب وضرب لذلك مثلا أن صاحب السينما يستطيع أن يرفض دخول شخص سكران فيها .

(٢) «Offre permanente et forcée» . بهجت بدوى بند ٦٣ ص ٩٧، بلانيول واسمان بند ١٤٢ ص١٨٥ وبند ١٢٧ فى الآخر ، جوسران روح الحقوق بند ٨٩ ص١٢٠ — ديموج ج٢ بند ٣/٥٥٢ . قارن نيجر ص٦١ .

(٣) السنهورى العقد بند ٢٥٤ ، جوسران روح الحقوق بند ٨٩ ص١٢٠ .

فالأطباء لا يجوز لهم أن يرفضوا دعوة المرضى لعلاجهم[1] . . . . . .

ولو أن هذا الأساس لا يؤدى فى نظرنا إلى اعتبار الطبيب مسئولا إلا إذا ثبت امتناع كافة الأطباء وهم أصحاب الاحتكار القانونى عن قبول العلاج الأمر الذى يتعذر إثباته ، إلا أنه قد يصلح أساساً لمسئولية الطبيب إذا وجد فى ظروف لم يكن فى مقدور المريض معها أن يلجأ إلى غيره كما لو كان المريض على متن سفينة فى وسط البحر ولم يكن فى السفينة غير الطبيب الذى رفض العلاج[2] .

رابعاً — نظرية الخطأ السلبى[3] :

مما تقدم يتضح أن المحاولتين السابقتين لتبرير مسئولية الطبيب فى حالة رفضه

---

(١) اللهم إلا إذا كان هناك مسوغ مشروع لهذا الرفض كأن تطلب امرأة من طبيب إسقاطها دون أن يكون فى الحمل خطر على حياتها .

راجع . كاميرمان ص ٧٩ ، باراس مذكور فى ديموج جـ٢ ص١٦٢ فى الهامش ، مانش ص١٤٢ و ١٤٣ .

قرب ديموج جـ ٢ بند ٣/٥٥٢ ص١٦٢ — بعد أن قرر أن المحتكر فى حالة عرض دائم ضرورى قرر أن المسألة على جانب من الدقة بالنسبة للأطباء ثم أضاف بأن المستقبل لا بد متجه نحو الزامهم بالتعاقد بالشروط المعقولة .

وقرب أيضاً فى الاشارة إلى ارتباط التزامات الطبيب بفكرة الاحتكار حكم أميان فى ١٨٩٣/٨/١٢ ذكره ماتى فى رسالته عن مسئولية الأطباء المدنية ص ٤٢ وقد جاء فيه :

«En retour de l'estime générale qui s'attache à la profession de la médecine, du monopole qui la protège, celui qui l'exerce est tenu à des devoirs plus stricts plus impérieux envers la société».

عكس ساهو ص ٦٧ و ٦٨ .

(٢) ديموج جـ٢ فقرة٥٥٢ ثالثاًص١٦٢ ،سنهورىعقد بند٤٥٢ ،مرسيليا١٩٣٨/٢/١٠ دالوز الأسبوعى١٩٣٨ـ٢٥٢ .قارن شاتورو١٩٠٨/٨/١ جازيت باليه ١٩٠٨ـ٢ـ٣٦٨

(٣) مازو بند ٥٢٤ ؛؛ Appelton: L'abstention fautive en matière délictuelle civile et pénale — Revue trimestrielle. 1912 P. 604 et S., Appelton & Salama Droit médical P.593 et S. Brouardel, L'exercice de la médecine P.171, Ripert Revue critique 1912 P, 197; Demogue Obligation. T. 111 N. 258 et S. N 261; Savatier Revue critique 1934 P. 417.

لاكاس بند ١٧٠ ؛؛ بلانش روديه ص ٣٧ ؛؛ كولان وكابيتان طبعة ٧ جـ٢ ص١٩١ ، =

للعلاج ترميان إلى تأسيس هذه المسئولية على فكرة العقد وهى من أجل ذلك تصطدم بالاعتبارات الواقعية التى تنأى بحالتنا عن أن تدخل فى نطاق العقد فلا غرو إذن أن مال الأخوان مازو إلى بحث المسألة على ضوء قواعد المسئولية التقصيرية فقالا إن فكرة الخطأ لا بد من التوسيع فى تفسيرها بحيث تشمل الخطأ بالامتناع إلى جانب الخطأ الايجابى[1] كما هى الحال فى المسئولية العقدية ، ومن ثم فإن الطبيب

= لالو طبعة ٢ بند ٦٦٢ ؛؛ وطبعة أولى بند ٢٨٧ ؛؛ أوبرى ورو جـ ٥ نقرة ٤٤٦ ص ٣٦٩ الأصل وهامش ٥ مكرر ، مصطفى مرعى بند ٤٩ ؛؛ وبنوع خاص بند ٥٣ ، بلانيول وإسمان بند ٥٠٨ سافاتييه جـ ١ بنـد ٤٢ ؛؛ تيسيير محاولة فى وضع نظرية عامة لأساس المسئولية ص ١٣٩ ؛؛ كولان الامتناع الذى ينطوى على الخطأ فى القانونين المدنى والجنائى ، جاردنا وريتشى ص ١٠ بند ٣٢ ؛؛ سوردا جـ ١ بند ٤٤٢ ، بودرى وبارد جـ ٣ القسم الثانى بند ٢٨٥٤ ص ١٠٧٩ ، بلانيول جـ ٢ بند ٨٦٦ ، نقض عرائض ١٨٩٦/٢/١٠ دالوز ١٨٩٦ــ١ــ١٢٧ ، نقض ١٩١٥/٤/٢٥ سيرى ١٩١٥ــ١ــ٦٧ ، نقض ١٩٢٤/١٢/٢٤ دالوز الأسبوعى ١٩٢٥ — ١٢٠ وجازيت باليه ١٩٢٥ — ١ — ٣٢٢ والتعليق ، نقض ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت باليه ١٩٣٠ — ١ — ٥٥٠ .

(١) يقول أبلتون المرجع السابق فى المجلة الفصلية سنة ١٩١٢ ص ٦٠٤ إن الشخص يعتبر مخطئاً كلما امتنع عن إتيان عمل كان فى إمكانه أن يمنع به إحاقة الضرر بالغير دون أن يتعرض هو للخطر . ولكن هذا التعريف يستوحى الاعتبارات الأدبية أكثر من اعتماده على قواعد المسئولية . فالقانون لا يلزم الأفراد بواجب البطولة فى جميع الأحوال لذلك يقول بعض الشراح إن المسئولية توجد كلما كان هناك التزام قانونى بفعل إيجابى والمقصود من هذا التعبير استبعاد جميع الحالات التى لا يكون الالتزام فيها إلا أدبياً . ولكن متى يوجد الالتزام القانونى؟

يميل ديموج جـ ٣ بند ٢٥٨ إلى القول بأن هذا الالتزام هو ما يوجبه نص فى القانون أو يقضى به المنطق إلى حد يقدر معه القضاة أنه من الأفضل أن يقلب إلى التزام قانونى .

ويقول بوسك Bosc. Essai sur les éléments constitutifs du délit civ. P.19 & 20 » إنه لا يلزم أن يكون الواجب قد فرضه قانون وضعى بل يكفى أن يكون مما تقضى به الأخلاق وحسن التعامل بين الناس .

ومن هذا يتضح كيف أن الفقهاء الذين قرروا أن الخطأ السلبى لا يوجب المسئولية إلا إذا اقترن بإخلال بالتزام قانونى قد اصطدموا بصعوبات من حيث تحديد هذا الالتزام .

ونحن نرى أن حل المسألة فى الفكرة التى وضعناها للخطأ ، فعلى القاضى أن يقارن سلوك المدعى عليه بسلوك الطبيب الحريص . وهذه القاعدة تنطبق سواء فى حالة الفعل أو الامتناع . (مازو بند ٥٤٠ ؛؛ وساليه دولا مارنيير فى دالوز ١٩٣٦ — ٢ — ٢٥) .

ومن ثم فالطبيب فى المدينة الذى يمتنع عن عيادة مريض ليس هناك ما يشير إلى خطورة حالته =

الذى يرفض زيارة مريض فى منطقة منعزلة وهو يعلم أن تدخله الفورى لا غنى عنه يقع تحت طائلة المسئولية التقصيرية لأن الطبيب اليقظ ما كان يسلك هذا المسلك إذا وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول[1] .

= لا يرتكب خطأ ما (جراس ٢٧/٥/١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥ — ٢ — ٣٤١) بينما يسأل الطبيب الذى يرفض أن يولد امرأة على سفينة بحجة أنه غير اخصائى فى الولادة (مرسيليا ١٠/٢ سنة ١٩٣٨ سيرى ٣٨ — ٢ — ٥٣) .

(١) مازو بند ٥٣٧ .

على أن تحديد نوع المسئولية فى هـذه الحالة لا يخلو من الدقة (بران ص ١٤٧ ؟؟) فلئن كنا قد اعتبرنا المسئولية تقصيرية استناداً إلى أن المسئولية العقدية لا تكون إلا حيث يوجد عقد (أوبرى ورو ج ٤ ص ٤٨٣ ، ديموج ج١ بند ٣٥و٣٧ ، مازو بند ١١٦ ؟؟ . لالو طبعة ٢ بند ٦٤٦ وطبعة أولى بند ٢٧٩ ، جرانمولان ج ٢ ص ٣١ ؟؟ بران بند ١٢٨ ، فان رين بند ٣١ ، مينييه المسئولية والعقـد ص ١٢٣ ؟؟) فإن البعض (سالى الالتزامات طبعة ٣ ص١٧٦ ؟؟ والمجلة الفصلية ١٩٠٧ ص٦٩٧ ، بودرى وبارد ج ١ — ٦٨٠ و٣٦٢ بلانيول طبعة ١٠ ج ٢ بند ٩٨٣ ، كولان وكابيتان ج ٢ طبعة ٨ بند ٢٨ ، ديمـوج ج ١ بند ١٢٤٠ ، بلانيول واسمان بند ٤٩٢) يميل إلى القول بأنه لتغافل عن الواقع أن تفوتنا ملاحظة أن المسئولية لم تنشأ إلا بمناسبة إجراء العقد . وإهرنج هو أول من قال بأن المسئولية فى هـذه الحالة تعتبر عقدية . وهو فى ذلك إنما يستوحى الشعور بأن المسئولية لم تنشأ إلا بمناسبة إجراء العقد ويقول اسمان (ج ٦ بند ١٣١) إن تحليلا دقيقاً لا يسمح بالنظر إلى الايجاب كتصرف تختلف طبيعته بحسب ما إذا انتهى أو لم ينته إلى تـكوين العقد ذلك أننا نلمس فيه اتجاه الارادة إلى إحداث أثر قانونى فيكفى أن يكون قد وصل إلى علم الطرف الآخر وأن يكون هذا الأخير قد وضعه موضع التقدير لـكى توجد عناصر الاتفاق .

ولما كانت هـذه الحجة غير حاسمة فقد قالوا إنه أثناء المفاوضة ينعقد عقد أولى يوجب على الطرفين عناية خاصة فى سبيل إتمام العقد فالموجب يلتزم بألا يسحب إيجابه بغير مبرر والموجه إليه الإيجاب عليه ألا يرفضه بغير سبب معقول . ولـكن المحاكم رفضت نظرية العقد الأولى وقررت أن المسئولية إن وجدت فهى تقصيرية . والواقع أنه لو وجد عقد أولى لـكان من حق من وجه إليه هذا الإيجاب أن يطلب التنفيذ العينى بمعنى أن له حق بعد رجوع الموجب عن إيجابه أن يعتبر هذا الايجاب قائماً ويقبله فيتم العقد .

وفضلا عن ذلك فإن وفاة الموجب أو أصابته بنقص فى أهليته لا تسقط إيجابه ما دام أنه نشأ عنه عقد تم صحيحاً ؛ وقد رفضت المحاكم إقرار هذه النتائج .

وأخيراً أيد البعض نظرية المسئولية العقدية بفكرة الأرادة المنفردة (كولان وكابيتان ج ٢ بند ٢٨) فقالوا إن وجود العقد أمر غير لازم لتوفر المسئولية العقدية ما دامت الارادة المنفردة هى مصدر الالتزام؛ ودون أن نتصدى لبحث أثر الأرادة المنفردة فى إنشاء الالتزام نقرر ابتداء أنها لا تفسر لنا مسئولية من وجه إليه الإيجاب فرفضه . وفضلا عن ذلك فليس صحيحاً مع =

ولما كان هذا هو أساس مسئولية الطبيب فيقول الفقيهان مازو فى موضع آخر إن الطبيب الذى يرفض فى المدينة استقبال مريض ليس هناك ما يدل على خطورة حالته لا يرتكب أى خطأ فى حين أنه لو امتنع نفس الطبيب عن ربط شريان نازف لجريح أعتبر مرتكباً لخطأ يسأل عنه مدنياً[١] .

ولما كان معيار الطبيب اليقظ هو محور المسئولية فعلى القاضى أن يطبقه ولو كانت هناك أخطار يتعرض لها الطبيب فى علاج المريض إذ يجب ألا يغرب عن البال أن المهنة الطبية تفرض التضحية على كل من يشتغل بها[٢] .

قد يعترض على النتائج التى وصلنا إليها بأن الطبيب إذ يرفض دعوة المريض للعلاج لا يمكن أن يعتبر مخطئاً لأنه يستعمل فى ذلك حقاً مشروعاً له وهو حقه فى أن يتعاقد أو لا يتعاقد . ونحن لا ننكر على الطبيب حريته فى استعمال هذا الحق . ولكن هذه الحرية يجب أن يستعملها فى الحدود التى تتفق هى والغرض الاجتماعى الذى من أجله اعترف له بها وإلا كان متعسفاً فى استعمال حقه[٣] ويكفى فى ذلك

= التسليم بأن الارادة المنفردة كافية لنشوء الالتزام أن الإخلال بهذا الالتزام من شأنه إيجاب المسئولية العقدية .

(١) مازو بند ٥٤٢ ،لاكاس بند ١٧٢ ،بلانش روديه ص ٣٨و٣٩ ،ريبير القاعدة الخلقية بند ١٥٦ ، لالوطبعة٢ بند٦٩٢ ،بلانيول وأسمان بند ٥٢٤ ،سافاتييه بند٧٧٦ ،مازان ص٨٠ ؛؛ وص ٦٣ «Perreau, Courtoisie complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence. Revue trimestrielle 1914, P 503

قارن مصطفى مرعى بند ٥٣

(٢) قرب مازو بند ٥٤٥ .

وقارن ابلتون ص ٥٩٣؛؛ وهو يرى أن الشخص لا يسأل عن الامتناع إذا كان منع الضرر عن الغير يعرضه للخطر .

(٣) مصطفى مرعى بند ٧٩ ، سافاتييه ج ٢ بند ٧٨٤ مكرر ، السنهورى الالتزامات بند ٣٢٦ ، بودرى وبارو ج ٤ بند ٢٨٥٥ ، جوسران القانون المدنى ج ٢ بند ٤٣١ جوسران روح الحقوق بند ١ إلى ١٠ جوسران تعليق فى دالوز ١٩٢٥—١—١٤٥ ريبير — القاعدة الخلقية ٩٠ ؛؛ لالو طبعة أولى بند ٤٠٥ ؛؛ وطبعة ثانية ٨٥٦ ؛؛ بلانيول ج ٢ بند ٨٧٠ ؛؛ كولان وكابيتان ج ٢ طبعة ٧ بند١٩٥؛؛ جورفمبدأ حسن النية ص ١٠ جوسران Evolution & Actualités ص ٧١ ؛؛ ريبير التعسف أو نسبية الحقوق فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٩ ص ٣٣ ؛؛ ديموج ج ٤ بند ٦٣٤ ؛؛ بونكاز ج ٣ بند ١٨٧ ؛؛ =

أن يخلو تصرفه من الباعث المشروع ، يكفى أن ينأى بتصرفه عن سلوك الطبيب اليقظ[1] يكفى أن ينم بتصرفه عن إهمال أو رعونة لكى يعتبر مسئولا ، كما لو كان إنسان فى خطر لا يحتمل تأجيل العلاج وكان الطبيب يعلم هذا[2] وكان من السهل عليه إسعافه وامتنع عن ذلك لانتمائه إلى حزب سياسى معين .

قد يقال إن حق الإنسان فى أن يتعاقد أو لا يتعاقد هو حق مطلق[3] فالعقد وليد تفاعل إرادات حرة فكيف يكون الطبيب مسئولا إن هو رفض أن يتعاقد؟

= بلانيول واسمان بند٥٧٣ و٥٧٦ ،سوردا طبعة ٦ بند ٤٣٩ ؟؟ جاردنا وريتشى ص٦٢٥ ؟؟ هامل تعليق فى دالوز ١٩٢٥ — ١ — ١٩٣ ، سافاتييه فى دالوز ١٩٢٨ — ١ — ٧٣ ، ناست فى دالوز ١٩٢٨ — ٢ — ٦٨ ، جوسران فى دالوز ١٩٠٦ — ٢ — ١٠٥ ، مازو بند ٥٤٧ ؟؟ .

قارن كابيتان — تعليق فى دالوز ١٩٢٦ — ٣ — ١٠

وراجع فى أن حرية عدم التعاقد مقيدة بنظرية إساءة استعمال الحق — دكتور وديع فرج الاتجاهات الحديثة فى العقود والمسئولية الخطئية . مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٥ ص ١١٩ .

(١) راجع فى مناقشة المعايير المختلفة لاساءة استعمال الحق . مازو بند ٥٧٠ ؟؟ والمراجع التى يشير إليها . بودرى وبارو ج ٤ بند ٢٨٥٥ .

(٢) راجع بو ١٩٠٠/٥/١ سيرى ١٩٠٠ — ٢ — ٣٠١ ودالوز ١٩٠٢ — ٢ — ٣٣ الذى لا يكتفى لكى يعتبر الطبيب عالماً بخطورة الحالة أن يبلغه بها رجل غير فنى .

(٣) ريبير القاعدة الخلقية طبعة ٣ بند ١٠٠ ص ١٨٧ (حق مطلق) ، لالو طبعة أولى بند ٤٢٦ و٤٢٧ حشمت أبو ستيت بند٤٥٩ وديع فرج محاضراته غير المطبوعة لقسم الدكتوراه سنة ١٩٤١ فى اتفاقات الإعفاء من المسئولية ، جاردنا وريتشى ص ٦٣١ بند ٤٠ (حق نسبى) ، كابيتان فى دالوز ١٩٢٦ — ٣ — ١٠ . موريل Morel. Refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles فى المجلة الفصلية سنة ١٩٠٨ ص ٢٨٩ ؟؟ وفى المجلة الانتقادية سنة ١٩١٣ ص ٢١٣ ، بلانيول واسمان ج ٦ بند ٥٧٧ ص٧٩١ جوسران ج٢ بند٢٣٣ ص٢٥٣ وبند ٤٩ . سالى «Saleilles. De la responsabilité précontractuelle à propos d'une étude nouvelle sur la matière.» المجلة الفصلية سنة ١٩٠٧ ص ٦٩٧ ، ديموج ج٢ بند ٥٤٦ ؟؟ جوسران روح الحقوق بند ٩١ ؟؟ (حق نسبى) جوسران Evolution & Actualités ص ٨١ و ٨٢ ريبير النظام الديموقراطى والقانون المدنى الحديث بند ١١٨ ص ٢٢٨ و٢٢٩ ، سافاتييه ج ١ بند ١١٤ (نسبى) ديموج ج ٤ بند ٦٥٦ (نسبى) و ج ٢ بند ٥٦٢ .

والحقوق المطلقة فى القانون قليلة بل نادرة . راجع مازو بند ٥٤٩/٢ وجوسران روح=

وكيف يكون رفضه سبباً لمسئوليته وكيف يجبر الشخص على الخروج من الحالة السلبية ليقوم بدور إيجابى ؟ أليس فى ذلك مساس بحريته فى أقدس نواحيها وإجباره على إبرام عقد لا يرضاه ؟

لا شك عندنا أن هذه النغمة فيها انكار للتطور العام نحو اشتراكية القانون. فالحقوق التى يتمتع بها كل إنسان لم تخول له إلا لأنه يعيش فى المجتمع ومن أجل تنظيم الحياة فى المجتمع فيجب عليه ألا يستعملها الا فى حدود الغرض الاجتماعى منها[1]. ومهما قيل من أن حق الانسان فى التعاقد حق مقدس فهذا لا ينفى أنه حق

= الحقوق ونسبيتها بند ٣٠٦؟؟ وديموج ج ٤ بند ٦٨٨ ، بونكاز ج ٣ بند ٤٦٩؟؟ ريبير القاعدة الخلقية بند ١٠٠ .

محكمة أبيرنى فى ١٩٠٦/٢/٢٨ وليل فى ١٩٠٦/١١/١٢ دالوز ١٩٠٨ــ٢ــ٧٣ وتعليق جوسران . نقض عرائض ١٩٢٤/١١/٢٤ سيرى ١٩٢٥ــ١ــ٢٢٢ ، نقض جنائى ١٨٨٩/١/١١ دالوز ١٨٨٩ــ١ــ٢٢٢ وسيرى ١٨٨٩ــ١ــ٩١ ، نقض عرائض ١٨٨٢/١/٣ دالوز ٨٣ــ١ــ١٠٥ وسيرى ٨٢ــ١ــ١٠٧ وتقرير رفيير ، سين ١٩٢٦/٦/١٦ جازيت باليه ١٩٢٦ــ٢ــ٥٢٢ ، نقض مدنى ١٩٢٤/١٠/٢٧ جازيت باليه ١٩٢٤ــ٢ــ٧٤ بواتييه ١٩٢٦/١/٢٩ جازيت باليه ١٩٢٦ــ١ــ٦٥٨ ، نقض عرائض ١٨٩٦/٢/١٩ دالوز ٩٦ــ١ــ٤٤٩ ، نقض مدنى ١٩٢٧/١٢/١٤ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ــ٥١ ، نقض ١٨٦٧/١٢/٣ دالوز ٦٧ــ١ــ٤٧١ ، عرائض ١٨٥٧/٤/٢١ دالوز ٥٧ــ١ــ١٧٦ ، سين ١٨٩٢/٣/٢٣ ونيس ١٨٩٢/٤/٧ فى دالوز ٩٤ــ٢ــ١٣٢ ، بيرينيو ١٨٧٩/٨/٢٦ دالوز ٨١ــ٣ــ٨٤ ، اكس ١٨٩٤/٧/١٦ دالوز ٩٦ــ٢ــ٤٥٠ ، نقض جنائى ١٨٥٤/٥/١٢ دالوز ٥٤ــ١ــ٢٠٨ وسيرى ٥٤ــ١ــ٥٠٠ ، نيس ١٨٩٣/١/٢ دالوز ٩٦ــ٢ــ٤٤٩ بوردو ١٩٠٣/١٢/١٤ سيرى ١٩٠٥ــ٢ــ١٧ وتعليق فيرون ، قارن اكس ١٩١٠/١٢/٢١ دالوز ١٩١١ــ٢ــ٣٨٥ وتعليق بلانيول وفى سيرى ١٩١٢ــ٢ــ٩٧ وتعليق ناكيه .

(١) وفى ذلك يقول جوسران فى دالوز ١٩٢٤ــ٢ــ٩٧

Les droits ne se réalisent pas abstraitement et dans le vide; ils fonctionnent dans le milieu social et pour lui; les prérogatives sociales ne pourraient être exercées que socialement pour un motif correct en vue de fins légitimes. La théorie de l'abus réalise la fonction d'administration et de police juridique....

Ce n'est pas dans les espaces interplanétaires qu'il fait valoir et qu'il réalise ses droits, mais dans un milieu social dont il constitue l'une des innombrables cellules, la plus fragile et la plus infine; rouage =

غير مطلق ولا معقود بمزاج الفرد بل هو منوط بمشروعية الغرض من استعماله[1]
واذا كان الطبيب يتمتع بحرية التعاقد مع جمهور المرضى وله الحق فى أن يتقبل دعوة
من يشاء منهم و يرفض من يشاء فإنه ملزم فى جميع الأحوال بألا يتخلى عن واجبه
الإنسانى وألا يعرض مريضاً للخطر قبل أن تصل إليه يد العلاج[2] .

وأخيرا قد يعترض بأنه مع التسليم بوجود الخطأ السلبى فإنه من المتعذر فى
الغالب الإقرار بوجود علاقة سببية بينه وبين الضرر[3] فلا فائدة من الاعتراف
بوجوده . فمثلا اذا وجد الطبيب جريحاً بنزف فلم يمد إليه يد المساعدة فمات ، فإن
موت الجريح يرجع فى الواقع إلى النزيف لا إلى امتناع الطبيب عن إسعافه .

ولكن الضرر قد تتعدد أسبابه . لاشك أن الجريح ما كان ليموت لو لم يصب
بالنزيف ولكنه ما كان ليموت أيضا لو أن الطبيب ربط له الشريان النازف ،
فعلاقة السببية متوافرة[4] .

= subalterne enchâssé dans un mécanisme complexe et formidable, il doit se comporter en fonction du milieu auquel il ressortit; à chaque fois qu'il exerce un droit, fût ce en apparence le plus individuel et le plus égoïste, c'est encore une prérogative sociale qu'il réalise, et c'est donc dans une direction sociale qu'il doit l'utiliser conformément à l'esprit de l'institution civile.

قرب بلانيول اسمان جـ٧ بند ٥٧٧ ص ٧٩١ و ٧٩٢

(١) دكتور وديع فرج — الاتجاهات الحديثة فى العقود والمسئولية الخطئية بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٥ ص ١١٩ .

(٢) راجع جوسران روح الحقوق بند ٢٦٣ ومارك ديزيرتو فى المجلة الفصلية ١٩٠٦ ص ١١٩ « اساءة استعمال الحق أو تعارض الحقوق » .

قرب قضاء المحاكم الفرنسية التى طبقت فكرة إساءة استعمال الحق فى حالة رب العمل الذى يشترط فى العمال الذين يشتغلون بمصنعه ألا يكونوا منضمين لأحدى النقابات . أبيزين ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٦ ومحكمة ليل ١٩٠٦/١١/١٢ فى دالوز ١٩٠٨—٢—٧٣ وتعليق جوسران ، بوردو ١٩٠٣/١٢/١٤ سيرى ١٩٠٥—٢—١٧ وتعليق فيرون .

(٣) مانت سيرسين ٢٦ يناير سنة ١٩١٢ جازيت بالية ١٩١٢—١—٣٢٨ .

قارن بو ١٩٠٠/٥/١ سيرى ١٩٠٠—٢—٣٠١ الذى يشترط لقيام مسئولية الطبيب أن يثبت أن تدخله كان من شأنه حتما أن ينقذ المريض . وقرب كولان وكابيتان طبعة ٨ جـ٢ بند ١٩١ وبودان ١١٦٨و١١٧٣ ولالو طبعة ٢ بند ٦٦٠ و ٦٦٣ وتيسير ص ١٩١ ؟؟

(٤) راجع بو ١٩١٣/٦/٣٠ دالوز ١٩١٥—٢—٤٩ وتعليق «A.L.» .

والقضاء لا يقر مسئولية الطبيب عن الخطأ السلبى فى رفض دعوة المريض لعلاجه بل يعتبر سلوكه فى هذه الحالة مجرد إخلال بواجب أدبى ، وتشير المحاكم فى ذلك إلى أنه يجب ألا يغرب عن البال أن المهنة الطبية من المهن الحرة وأن الطبيب له مطلق الحرية فى اختيار مرضاه[1].

وهذا القضاء إذا نظرنا إليه من الناحية الفردية وجدنا أنه يجرد المجنى عليه من كل حماية، ومن الناحية الاجتماعية فإن هذا الامتناع المشروع من جانب الطبيب يحرم من المساعدة شخصا تعسا قد لا يجد السبيل إلى الالتجاء إلى طبيب آخر فى الوقت المناسب[2] ولا شك أن هذا الوضع ، من الناحيــة النظرية على الأقل ، يوجب أشد الأسف . ولــكن يخفف من وطأته من الناحية العملية أنه ينــدر أن يحجم الأطباء عن أداء واجبهم الانسانى إذا ما دعاهم أحد المرضى لعيادته . فأمام آلام المرضى لا يستمع الأطبــاء لغير وحى ضميرهم وهو أشــد عليهم من أى قانون .

على أنه متى قبل الطبيب دعوة المريض لعلاجه فعليه أن يقوم بتنفيذ التزامه وإلا كان مسئولا عن عدم تنفيذ العقد الذى أوجبه على نفسه[3]. وهو لا يفلت من هذه المسئولية إلا إذا أقام الدليــل على القوة القــاهرة أو الحادث الفجائى[4]. كما لو استحالت عليه زيارة المريض بسبب انقطاع المواصلات أو بسبب مرضه[5].

---

(١) بوميرول ص ٧٤ .

(٢) نقض ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت باليه ١٩٣٠—١—٥٥٠ .

(٣) دونديودى فابر ، النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٦٨ ؛ بيتل ص ٦٥ سافاتييه جـ ٢ بند ٧٨٣ ص ٣٩٩ .

ويلاحظ مع ذلك أن الطبيب إذا حصل له مانع يمنعه من معالجة المريض فله أن ينيب عنه طبيباً اخر مالم يأذن المريض أو ولى أمره استدعاء خلافه (راجع م ١٢ من القانون رقم ٦٥ سنة ١٩٤٠ الخاص بانشاء نقابة عليا للمهن الطبية وبيتل ص ٦٦) .

(٤) لاكاس ١٧٣ ، مانش ص ١٤٤ ، جرافن ص ١٤٩ و ١٥٠ ، سين ١٩٣٨/١/٤ جازيت المحاكم ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٨ .

(٥) بو ١٩٠٠/٥/١ سيرى ١٩٠٠—٢—٢٠٩ . هى ، المسئولية المدنية للاطباء رسالة ١٩٢٥ ص ١١٠ ، دونديو دى فابر فى دالوز ١٩٣٤—٢—١١٣ لالو بند ٢٧٠ .

وتعهد الطبيب قد يكون ضمنياً كما لو كان المريض من حرفائه المعتادين[١]، أو دلت الملابسات على أنه قد تحمل مسئولية العلاج حتى يصل بالمريض إلى الشفاء[٢]. كذلك الطبيب الذى يعمل فى إحدى مصالح الحكومة أو الذى يشتغل فى مستشفى عام ليس له أن يرفض علاج حالة تدخل فى حدود اختصاصه[٣]. والحال بالمثل إذا كان الطبيب يعمل فى مستشفى خاص أو كان متفقاً مع أحد أرباب الأعمال على علاج عماله فقد رأينا أن العقد بين الطبيب وإدارة المستشفى أو بينه و بين رب العمل يتضمن اشتراطاً لمصلحة المرضى فهو مسئول عن تلبية دعوتهم ومسئوليته فى ذلك عقدية[٤].

و إذا كان الطبيب يلزم فى الأحوال التى بينا بتلبيـة دعوة المريض ومن ثم بالحضور فى الوقت المناسب لمباشرة العلاج فإن مسئوليته عن التأخير فى الحضور يجب الاحتياط فى تقريرها[٥]. ولقد ذهبت محكمة السين[٦] إلى القول بأن الطبيب له وحده أن يقدر الوقت الذى يراه مناسبا لتلبية دعوة المريض مع مراعاة التزاماته قبل

---

(١) لاكاس ١٧٤ ، مازان ١٥٦ ، بلانش روديه ١٠٩ و١١٠ ، ديموج المجلة الفصلية ١٩٣٢ــ ص ١١٠٣ .
قارن سين ١٩٣٢/٦/٣٠ جازيت المحاكم ١٩٣٢ــ٢ــ١٣٢ .

(٢) سين ٤ يناير سنة ١٩٣٨ جازيت المحاكم ١٩٣٨/٢/٢٤ ، مازان ص ١٥٧ وديسلير ص ٩٣ .

(٣) لاكاس ١٧٨ . ابلتون وسلاما القانون الطبي ص ٥١ و ٦٩ و ٧٠ ، ديجون ١٩٠٣/٣/١٨ سيرى ١٩٠٦ــ٢ــ١٧ وتعليق بيرو .

(٤) كامبريه ٢٥ مارس سنة ١٩٠٠ . جازيت المحاكم ١٤ أبريل سنة ١٩٠٠ مارسيليا ١٩٣٨/٢/١٠ G. P. ١٩٣٨ــ٢ــ٩٢٤، بو ١٩١٣/٦/٣٠ سيرى ١٩١٣ــ٢ــ٢٧٧ ، بيتل ١ ؟؟؟ عكس مانش ص ١٤٧ .

(٥) بو ١٩١٣/٦/٣٠ سيرى ١٩١٣ــ٢ــ٢٧٧ ، نقض ١٨ يونية ١٩٣٥ سيرى ١٩٣٨ــ١ــ٦، نقض ١٩٣٧/١٠/١٨ سيرى ١٩٣٨ــ١ــ٦ (فى المسئولية عن التأخر فى قبول المريض بالمستشفى) .
قارن بو ١٩٠٠/٥/١ سيرى ١٩٠٠ــ٢ــ٢٠١ .

(٦) سين ١٩٣٢/٦/٣٠ جازيت المحاكم ٢٣ أغسطس سنة ١٩٣٢ وتعليق ديموج على الحكم فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٢ ص ١١٠٣ ولاكاس ٢/١٧٤ .

حرفائه وما يقضى به تنظيم العمل ومسئوليته فى ذلك أدبية محضة أما من الناحية المدنية فهو لا يسأل إلا إذا كان سىء النية أو مدفوعا بهواه .

والحكم فيما ذهب إليه يلمس مسألة على جانب كبير من الدقة وهى مدى مسئولية الطبيب فى حالة تأخره عن التنفيذ بسبب تعدد العقود التى يلتزم بها[١].

ويبدو لنا أنه من غير المناسب أن نضع قاعدة مجردة لتطبق فى جميع الأحوال ، فالأمر فى نظرنا مرجعه إلى الملابسات التى تحيط بعمل الطبيب ، فهو يسأل مثلا إذا تأخر عن الحضور بعد أن دعاه شخص ، لأقواله قيمتها ، وصف له الحالة بأنها خطيرة ولا تحتمل التأجيل[٢] ، وبالعكس قد ترتفع عنه المسئولية اذا دعته الظروف إلى ملازمة مريض حالته أكثر خطورة[٣].

---

(١) ديموج — الالتزامات ج ٦ بند ٥٥٣ .

(٢) بو ١/٥/١٩٠٠ سيرى ١٩٠٠ـ٢ـ٣٠١ . لاكاس ١٧٤/٢ ، ديموج المجلة الفصلية سنة ١٩٣٢ ص ١١٠٣ .

قرب جراس ٢٧/٥/١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥ — ٢ — ٣٤١ .

(٣) مانش ١٤٦ و ١٤٧ وهو يعتبر هذه الحالة من قبيل القوة القاهرة التى تعفى الطبيب من كل مسئولية ولا ضير عندنا فى أن نشاطره هذا الرأى إذا لم يكن فى استطاعة الطبيب وقت أن تعاقد مع المريض أن يتوقع أن ترد عليه هذه الحالة الخطرة ، ومعيار التوقع بطبيعة الحال هو ألا يكون هناك ما يدعو بصفة خاصة إلى انتظار حصول الحادث فانتفاء التوقع مرتبط على الأخص بندرة حصول الحادث أو كثرة وقوعه (سليمان مرقص نظرية دفع المسئولية ص ٢٠٧ بونكاز ج ٣ ص ٥٤٧ بند ٢٧٧ ديموج ج ٦ ص ٥٧٦ بند ٥٣٨ مازو بند ١٥٧٦) ولا يكفى مجرد إمكان حصول الحادث للقول بأنه كان يمكن توقعه بل يجب أن يكون احتمال وقوعه مما يغلب تحققه أو بعبارة أخرى يجب أن يكون الحادث عادياً . فالمرء يجب أن يتوقع ما هو عادى ولا يلزم بأن يتوقع الحوادث الشاذة وغير العادية (تعليق اسمان على نقض بلجيكى فى ٤/٧/١٩٢٩ سيرى ١٩٣٠ — ٤ — ١ ومقال سافاتييه فى قواعد المسئولية — المجلة الانتقادية ١٩٣٤ ص ٤٢٢ وسليمان مرقص المرجع السابق ص ٢٠٨) فاذا ثبت أن الطبيب كان فى إمكانه أن يتوقع أن تعرض عليه مثل هذه الحالة الخطرة فى الوقت الذى أبرم فيه العقد مع المريض كان مخطئاً بإقدامه على التعاقد مع توقعه لتلك الحادث دون أن يتخذ التدابير اللازمة لتحاشيه أو تلافى نتائجه الضارة مع إحاطة المريض علماً باحتمال استحالة الوفاء حتى يكون على بينة من الأمر فيتخذ الاحتياطات اللازمة لمثل هذا الطارىء .

ولا يعترض علينا بأن لا استحالة مادية تمنع الطبيب من القيام بالتزامه إذ يكفى أن يثبت أنه كان يستحيل عليه أدبياً أن يتصرف على خلاف ما فعل . (قارن محكمة النقض الفرنسية =

٢ — مرحلة التشخيص :

هذه هى الأحكام قبل تلبية الطبيب دعوة المريض ، فاذا ما قبل تلك الدعوة وحضر للاشراف على علاجه ، فعليه أن يبدأ بتشخيص حالته وهى مهمة على جانب كبير من الدقة فيها يحاول الطبيب معرفة المرض ودرجة خطورته وتطوره وجميع ما يحيط به من ظروف المريض وحالته الصحية العامة وسوابقه المرضية والتأثيرات الوراثية ، والطبيب لا يجد ما يعتمد عليه فى تكوين رأيه سوى ما يلمسه من من أعراض كثيرا ما تكون متشابهة وغير محددة ، وما يسمعه على لسان المريض من بيانات ، وكثيراً ما تخون المريض قواه فى صدق التعبير عن موطن الداء من جسمه .

تلك المهمة هى التى سيتوقف عليها حكم الطبيب فى تقرير نوع المرض واختيار العلاج ، وهو حكم لا يستطيع الطبيب فى أغلب الأحيان تأجيله كما يفعل القاضى إذا عنت له مسألة غامضة ، بل كثيراً ما يضطر إلى البت فوراً فى تشخيص الحالة رغم كل ما يعترضه من عقبات ؛ لا غرو إذن إن تعرض فى تقديره للزلل ، وخطؤه قد يكون راجعاً إلى نقص فى العناية التى بذلها فى التشخيص ، كما قد يكون راجعاً إلى غلطة علمية ، ففى أى الأحوال يكون الطبيب مسئولا ؟

أولا — الاهمال فى التشخيص :

الطبيب ملزم بأن يبذل فى عنايته بالمريض جهوداً صادقة يقظة ، فعليه فى حالة التشخيص أن يستمع إلى شكوى المريض ويأخذ منه ومن أهله كافة المعلومات التي يحتاج إليها ثم يشرع بعد ذلك فى فحص المريض فحصاً دقيقاً متلمساً مواضع الألم متحسساً مواطن الداء وأعراض المرض مستعملا جميع الوسائل التي يضعها .

= فى ٢/١٢/١٨٩٠ سيري ٩٤—١—٣١٥ بخصوص تمثيل رواية فيها موسيقى ألمانية بعد حرب السبعين إذ اعتبرت أن هناك استحالة معنوية تمنع من تمثيلها مراعاة للشعور الوطنى . ديموج جـ ٦ بند ٥٧٠ والأحكام المشار إليها فى الهامش ، مازو بند ٤٩٤ و ١٥٧٠ سليمان مرقس ص ٢٠١ ؛ السنهورى عقد هامش ١ ص ٩٦٥ ، بلانيول واسمان بند ٣٨٢) .

العلم تحت تصرفه ليكون رأيه بعيداً بقدر الإمكان عن الغلط[1]. فإذا هو تسرع فى تكوين رأيه وأهمل فى أحاطة حكمه بالضمانات التى تجنبه مواطن الزلل كان مسئولا عن الأضرار التي تنجم عن خطئه فى التشخيص[2]. ولقد عبرت محكمة

---

(١) ساهو ٨٩ ، جرافن ١٥٨ ، اميل تيلو قضاء محكمة الاتحاد السويسرى فى المجلة الفصلية ١٩٣٢ ص ١١٧٥ ؛؛ راجع ص ١١٩٩ ؛؛ لاكاس بند ١٢٣ ، مازو ج ١ بند ٥١١ ، مازان ص ٩٨ ؛؛ نيجر ٧٦ و ٧٧ ، سافاتييه بند ٤٤و٧٩٢ ، ديموج ج ٦ بند ١٨٠ ، بيرو تعليقاً على روان ٢١ أبريل سنة ١٩٢٣ فى سيرى ١٩٢٤—٢—١٧ ، بلانش روديه ص ٥٩ ؛؛ وديع فرج مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٢٥ .

(١) نقض فى ١٩٢١/٤/١٦ سيري ١٩٢٣—١—١٤٢ ودالوز ٢١—١—١٨٤ وظروف هذه القضية تتلخص فى أن طبيباً اتخذ من مهنته تجارة يكتسب منها المال ، نفتح عيادة للمصابين بالأمراض السرية دون أن يجهزها بالآلات اللازمة ، وذات يوم تقدم اليه شخص ظن نفسه مصاباً بأحد هذه الأمراض ، فأشار عليه مساعد الطبيب بعد فحص سطحى لاقيمة له بأخذ حقن زرنيخ . وعلى الرغم من أن هذه الحقن كانت تعرض حياة المريض لخطر الموت فإن الطبيب لم يعن بفحص حالته الصحية وما إذا كانت تمكنه من احتمال هذه الحقن .

وراجع أيضاً محكمة الاتحاد السويسرى فى ١٨٩٢/٦/١٠ سيرى ١٨٩٢—٤—٣٨ فى قضية تتلخص وقائعها فى أن رجلا نفحه حصان فى الجزء العلوى من ساعده نعرض نفسه على الدكتور دورمان الذى لاحظ كسراً فى العضد وجرحاً دامياً فى الساعد . وبعد أن ضمد الجرح جبر الكسر وأحاطه برباط محكم . وفى هجعة الليل شعر المريض بآلام مبرحة وبحرارة مرتفعة فاستدعى الطبيب الذى شخص الحالة على أنها « Embolie & Fhrombose » واقتصر على إعطاء المريض بعض المورفين والكينين دون أن يعن بفك الرباط حتى يتأكد من صحة تشخيصه فانتهى الأمر بأن أصيب المريض بشلل فى ذراعه .

حكمت محكمة الاتحاد السويسرى بمسئولية الطبيب لأنه لم يفك الرباط حتى يتأكد من صحة تشخيصه وجاء فى حيثيات الحكم « . . . لا يعتبر خطأ مجرد الغلط فى التشخيص أى تفسير الأعراض المختلفة حتى لو كان فى استطاعة الطبيب الحاذق المجرب أن يقف فوراً على حقيقة الحالة. ومن باب أولى لا خطأ إذا تعلق الأمر بوسيلة طبية لا زالت محل خلاف بين أساطين الفن إنما الإخلال بالأصول العلمية الثابتة المعترف بها من الجميع يعتبر خطأ موجباً للمسئولية وفى غير هذه الحالة لا تكون إلا بصدد أغلاط لا يمكن تلافيها فى مزاولة مهنة يكثر فيها الاختلاف فى وجهات النظر كالمهنة الطبية » ولقد انتهت المحكمة إلى تأييد الحكم المطعون فيه والذى اعتبر الطبيب مسئولا لعدم قيامه بفك الرباط الذى أحيط به ساعد المريض رغم ظهور أعراض تدل على ضغط الجبس على الساعد . وإذا كان الطبيب قد أخطأ فى تشخيص هذه الأعراض فما كان له أن يغفل هذا الاحتياط الذى يوجبه الفن الطبى كى يتأكد من سلامة تقديره لا سيما وأنه احتياط ليس فيه أى ضرر بالمريض .

روان[1] عن هذا المبدأ فى قضية تلخص ظروفها فى أن امرأة شكت لأحد الأطباء آلاماً فى بطنها ففحصها وقرر أن عندها ورماً ليفياً يجب استئصاله فوراً . وفى أثناء إجراء العملية ظهر له وهو يستأصل بيت الرحم أنه أخطأ فى التشخيص وأن المرأة حامل وليس عندها ورم فشرع فى الحال فى شق بطنها وأخرج جنيناً حياً يوشك أن يتم شهوره الرحمية ولـكن فى مساء اليوم نفسه حصل للوالدة نزيف دموى مصحوب بمضاعفات أودت بحياتها .

قررت محكمة روان أن الخطأ فى تشخيص المرض ولو أدى إلى إجراء عملية جراحية أودت بحياة المريض لا يوجب بذاته مسئولية الطبيب أو الجراح لأنه من المحقق أنه لصعوبة التشخيص وعدم إمكان الوصول إلى الحقيقة بطريقة جازمة فإن أمهر الأطباء وأكثرهم خبرة وأوسعهم علماً وأعظمهم تدقيقاً وعناية معرض للخطأ ، وأضافت بأن القانون وإن لم يفرض على الطبيب العصمة فإنه لا يذهب إلى حد السماح له بتشخيص داء المريض برعونه وطيش دون أن يحيط نفسه بالمعلومات الضرورية بله المفيدة التى تساعده على تـكوين رأيه ودون أن يستعمل

= راجع أيضاً سين ١٩٢٠/١/١٠ جازيت باليه ٢٠-٢-٣٥٩ ، هافر ١٩٢٤/٣/٢٢ جازيت المحاكم فى ١٩٢٤/٩/٧ ص ٨٨ ، سين ١٩٣٨/١/٤ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ ملخص ١١ ، مازو جـ ١ بند ٥١١ .

وبالعكس إذا كان التشخيص معتنى به فلا مسئولية على الطبيب وإن كان غير صحيح ، سانت كانتان ١٨٦١/٥/٢٢ القانون ٢٧/٢٨-٥-١٨٦١ ، مـتز ١٨٦٧/٥/٢١ دالوز ٦٧-٢-١١٠ وسيرى ٦٨-٢-١٠٦ ، هافر ١٨٨٩/١٢/٥ دالوز ٩١-٢-٢٨١ هامش ١ وجازيت باليه ٨٩-٢-٦٨٠ . كذلك الحال إذا كان الخطأ الذى وقع فيه الطبيب نتيجة تضليل المريض له فى البيانات التى أدلى بها عن موضع الداء وأعراض المرض . باريس ١٥ أكتوبر سنة ١٩٢٧ الأسبوعى القضائى ١٩٢٧-١٤٠١ .

(٢) روان ١٩٢٣/٤/٢١ سيرى ١٩٢٤-٢-١٧ وتعليق بيرو ، وتعليق بيتل على هذا الحكم والحكم الابتدائى الصادر فى نفس القضية من محكمة ايفرو (١٩٢٢/١١/١٦ جازيت باليه ٢٢-٢-٦١٨) المرجع السابق ص ٩٢ ؟؛ خاصة ص ٩٩و١٠٠و١٠١ وهو يأخذ على المحكمة أنها اعتبرت الطبيب مسئولا عن عدم استعماله الأشعة فى الـكشف على حالة الحمل رغم أن استعمال الأشعة لهذا الغرض ليس من الأمور المتفق عليها فى الفن الطبى . راجع نفس المبدأ وبنفس الحيثيات ليج ١٩٣١/١/١٢ بلجيكا القضائية ١٩٣١ عمود ١٨٥ .

الوسائل التى يوصى بها العلم فى البحث والرقابة . تلك قواعد يقضى بها العقل والحكمة ولا تحتاج إلى بحث فى النظريات الطبية فإغفالها يجعل الطبيب ، إذا أخطأ فى التشخيص مسئولا عن خطئه .

و بعد أن استعرضت المحكمة وقائع الدعوى وناقشت تقرير أهل الخبرة فى الحكم على سلوك الطبيب انتهت إلى أنه كان من المحتمل إن لم يكن من المؤكد أن يكتشف الدكتور فاليه حالة الحمل لو أنه استعمل كل الطرق التى كانت تحت تصرفه ليضمن فى حدود الإمكان تشخيصاً صحيحاً . فإن شاء القدر — رغم جميع المحاولات التى بذلها للاهتداء إلى معرفة الحالة — إلا أن تعم عليه الحقيقة ليظل ممعناً فى خطئه ، فهنا فحسب يحق له أن يقول ألا مسئولية عليه فى إجراء عملية ، دفع إليها تشخيص معتنى به و إن كان غير صحيح .

وهذا الحكم أخذ على الطبيب أنه من ناحية لم يعن بأخذ معلومات طبيب العائلة الذى اعتادت المتوفاة أن تعالج نفسها عنده ومن ناحية أخرى أنه لم يستعمل الأشعة ليزيل ما علق بنفسه من شكوك فى التشخيص قبل إقدامه على إجراء عملية من شأنها تعريض حياة المريضة للخطر ، مع أنه ثبت علمياً أن الجنين إذا زاد عمره على خمسة شهور كان من الممكن تصويره ومعرفة كنهه بواسطة الآلات الحديثة .

والواقع أنه لو كان يغتفر للطبيب أن يتجاهل طريقة فى الفحص لم يستقر الرأى على نجاحها لدرجة يقتنع معها رجال المهنة بوجوب الالتجاء إليها[1] فإنه لا يفهم كيف لا يسأل الطبيب إذا وجد أمام حالة يدق فيها التشخيص ولم يستعمل كل

---

(١) مثلا قضت محكمة السين فى ٣١ مارس سنة ١٩٣٦ (مذكور فى ديغلو ص ٦٤؟؟) بأنه لاحرج على الطبيب فى أن لا يستعمل طريقة تفاعل « Ascheim Zondek » للتحقق من حالة الحمل فى الأشهر الأولى مادامت هذه الطريقة حديثة الاكتشاف حديثة الاستعمال فى المستشفيات — راجع مازو بند ٥١١ هامش٤ ، وديع فرج مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٢٦ هامش ٣، وبيرو فى التعليق على روان ٢١/٤/١٩٢٣ سيرى ١٩٢٤ — ٢ — ١٧ .

الوسائل التي يوصى بها العلم الحديث — بحسب طبيعة الحالة — فى الكشف عن نوع المرض .

فلا يغتفر للطبيب مثلا أن يهمل طريقة الفحص الميكروسكوبى والتحاليل بأنواعها والتصوير بالأشعة كلما كان ذلك لازماً لصحة تقديره ويقين رأيه[1]. ولا يخليه من وجوب الالتجاء إلى هذه الطرق وغيرها إلا أن تكون ظروف الحالة مانعة له من الانتفاع بها كما لو كان بعيداً عن أى مكان يستطاع إتمام هذه الصور والتحاليل فيه أو كانت الحالة أخطر من أن تحتمل أى تأجيل فى البت برأى فى طبيعة الداء ونوع الدواء[2]، ومن ثم فإذا كان إهمال الأشعة يعتبر فى كثير من الأحيان من قبيل الخطأ فإن الطبيب أو الجراح لا يسأل إذا وجد أمام حالة خطرة، إن هو قرر إجراء عملية تستدعيها فى نظره ضرورة إنقاذ حياة المريض دون أن يتسع له الوقت لاجراء أشعة عن موضع الداء من جسمه .

وليس معنى هذا طبعاً أنه يجب فى كل حالة عمل تحاليل أو صور بالأشعة، وإنما الواجب الالتجاء لهذه الطرق من التحقيق الفنى متى حام حول التشخيص أى شك يدعو إلى وجوب تثبت الطبيب من صحة رأيه بهذه الوسائل قبل الإقدام على مرحلة العلاج ، فإذا اعتقد الطبيب أن الحالة التى يفحصها أوضح من أن تحتاج

---

(١) سين ١٩٢٠/١/١٠ جازيت باليه ١٩٢٠—١—٣٥٩ ، ايفرو ١٩٢٢/١١/١٦ جازيت باليه ١٩٢٢—٢—٦١٨، روان ١٩٢٣/٤/٢١ جازيت باليه ١٩٢٣ — ٢ — ٢٤٧ وسيرى ٢٤ — ٢ — ١٧ هافر ١٩٢٤/٣/٢٢ مذكور فى مازان ص ١٠٠، ليج فى ١٢ يناير سنة ١٩٣١ بلجيكا القضائية سنة ١٩٣١ عمود ١٨٥ ، روان ١٩٣١/٥/٦ مذكور فى مازان ص ٩٩ و١٠٠ ، سانت افريك ١٩٣٣/٧/١٨ جازيت باليه ١٩٣٣ — ٢—٨٦٤، سيدان ١٩٣٦/٤/٢١ جازيت باليه ١٩٣٦—٢—٧ فى الهامش ، سافاتييه بند ٧٩١ ، وديع فرج فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٢٥ ، ٤٢٦ .

قارن باريس ١٩٢٣/٦/٦ دالوز ١٩٢٤—٢—١١٧ ، ودويه ١٩٢٩/١١/٢٧ مجموعة دويه ١٩٢٩ ص ٣٢١ .

(٢) لانيون ١٩٣٢/١٢/١٩ جازيت باليه ١٩٣٣—١—٣٣٩، دويه ١٩٣٣/١/٢٤ سيرى ١٩٣٣—٢—٢١٣ ، نيجر ٧٨، وديع فرج مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٢٥ و ٤٢٦، لاكاس ص ٩٥ بند ١٢٣ .

فى تشخيصها إلى إجراء أشعة مثلا ، وكان اعتقاده فى ذلك مبنياً على اعتبارات معقولة مما تبين له من فحص المريض وما بدا عليه من أعراض المرض فلا حرج عليه فى ألا يجريها وهو ما قضت به محكمة دويه فى ١٩٢٩/١١/٢٧ (١)، حيث قررت أن الجراح لا يرتكب خطأ ما إن هو لم يعمل أشعة فى موضع عملية أجراها متى لم يكن هناك ما يدعوه إلى الشك فى وجود أجسام غريبة داخل الجرح سيما إذا كان الجرح قد سار فى طريق الالتئام السريع . ولا يقدح من عدم مسئوليته أن يظهر بعد ذلك جسم غريب فى محل العملية أصيب المريض من جرائه بالحمى .

وغنى عن البيان أن إجراء الأشعة لا يكفى ليفلت الطبيب من المسئولية بل يجب أن يحتاط فى إجرائها (٢)، ويعنى بدراستها وقراءتها ، ومسئولية الإخصائى فى ذلك بطبيعة الحال أشد من مسئولية الطبيب العادى (٣).

وأخيراً يجب ألا يغرب عن البال أن الأشعة وإن كانت من الوسائل المألوفة الاستعمال إلا أنها من الناحية الفنية تنطوى أحياناً على بعض المخاطر ، وهى ناحية يجب أن يقيم لها القضاة وزناً فى تقدير مسئولية الطبيب ، مسترشدين فى ذلك برأى أهل الخبرة (٤) ؛ فإذا ثبت أن استعمالها كان ينطوى فى حالة معينة على أخطار لا تبررها حالة المريض فلا تثريب على الطبيب فى عدم استعمالها ، بل يعتبر

---

(١) دويه ١٩٢٩/١١/٢٧ مجموعة دويه ١٩٢٩ ص ٣٢١ وراجع أيضاً سين ٣١ مارس سنة ١٩٣٦ فى ديفلو ص ٦٤ ؟؟ . وديع فرج مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٢٦

(٢) فإذا حصل للمريض قرحة نتيجة إهمال الطبيب فى اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتجنب هذا الخطر أو تجاوز المدة اللازمة لأخذ الصورة كان مسئولا . اكس ١٩٠٦/١٠/٢٢ دالوز ١٩٠٧—٢—٤١ .

(٣) سانت أفريك ١٨ يوليو سنة ١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣—٢—٨٦٤، مونتبلييه ٢٩ مايو سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعى ١٩٣٤—٤٥٣ ، نقض ٣ أبريل ١٩٣٩ سيرى ١٩٣٩—١—١٦٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٩—٣٣٧ .

(٤) وإذا تكرر من الطبيب استعمال الأشعة فى موضع واحد مخالفاً بذلك رأى الطبيب المعالج فحصلت للمريض قرحة فهو مسئول . باريس ١٧ يوليو سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦—٤٩٨ وجازيت باليه ١٩٣٦—٢—٢٣١ .

قارن ليون ١٩ مارس سنة ١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥—١—٩١٥ . وديموج تعليقاً على حكم باريس فى ١٧ يوليو ١٩٣٦ فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ ص ١٢٦ رقم ٣٢ .

مخطئاً إن هو استعملها[١] ؛ ويجب فى جميع الأحوال متى كانت وسيلة الفحص تنطوى على خطر على حياة المريض أن يحاط علماً بذلك وأن يؤخذ رضاه قبل الالتجاء إليها[٢].

والرضا قد يكون صراحة أو ضمناً ، فالمريض الذى يدعو إخصائياً للكشف على عضو من أعضائه بطريقة خطرة يعتبر أنه قبل استعمال هذه الطريقة[٣] . وبالعكس لا يتطلب من الطبيب أخذ رضا المريض لاستعمال آلة ليس فى استعمالها عادة أية خطورة على حياة المريض ولم يثبت أنها وقت استعمالها كانت تالفة[٤] .

وقد يحصل أحياناً أن تشتبه على الطبيب أعراض المرض وتعييه وسائل الفحص فى تشخيص الحالة فيجرى عملية استكشافية[٥] يشق فيها بطن المريض ليرى موطن الداء من جسمه ، ويجرى له العملية المناسبة لإنقاذ حياته . وقد حكمت محكمة فالانس[٦] بأن الالتجاء إلى هذه الوسيلة قد لا ينطوى على خطأ ما إذ قد يكون فيها السبيل لإنقاذ حياة المريض .

ثانياً — الغلط العلمى :

قد يأخذ الطبيب من جانبه كل أنواع الحيطة وقد يدل بسلوكه على منتهى الحذر وقد لا تفوته الاستفادة من جميع الوسائل العلمية فى الفحص ومع ذلك فهذا لا يمنعه من الوقوع فى الغلط . فهل يسأل فى جميع الأحوال ؟

ما نظن أحداً يستطيع الادعاء بأن العلوم الطبية قد بلغت من الكمال ما بلغته بعض العلوم الأخرى كالعلوم الرياضية . لهذا نرى الأطباء يختلفون فى التقدير وفى

---

(١) باريس ١١ مايو سنة ١٩٣٧ جازيت باليه ١٩٣٧—٢—٢٧٩ وسيرى ٣٨—٢—٧١ .

(٢) قارن ذلك بما سنقوله عن أخذ رضاء المريض بالعلاج .

(٣) عرائض ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣—٢—٩٨٨ وسيرى ٣٤—١—١١ .

(٤) سين ٢٥ مايو سنة ١٩٣٦ جازيت باليه ١٩٣٦—٢—٣٧٥ .

(٥) Laparatomie exploratrice

(٦) فالانس ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مذكور فى ساهو ص ٨٧ .

الحكم ،وما نظن أحداً خصوصاً من رجال القانون الذين اعتادوا التقدير والحكم يرى فى كل أغلاطهم فى هذا الشأن خطأ موجباً للمسئولية ، فالعلوم الطبية طافحة بالمسائل التى لا تزال مثار الخلاف بين العلماء من رجال المهنة ، ولا يرتكب الطبيب أى خطأ فى الأخذ برأى دون آخر ، كما أن الأعراض المرضية قد تتشابه وتختلط حتى لتغم الحقيقة عن أكثر الأطباء خبرة وأوسعهم دراية ؛ فلا تثريب على الطبيب إذا لم يصادفه التوفيق متى تحرى أصول فنه وراعى الضمير والشرف فى تشخيصه للمرض ، فضعف الإنسان له اعتباره وتجب مراعاته وإلا وقعنا فى حرج كبير وارتكبنا ظلماً بدعوى إصلاح آخر .

وهكذا يظل الطبيب بمأمن من كل مسئولية متى كان الغلط الذى وقع فيه أمراً ممكناً بالنظر إلى الأعراض المؤتشبة التى ظهرت بها حالة المريض وما وصلت اليه الأصول العلمية فى الفن الطبى [1] أو بعبارة أخرى متى كان الغلط الذى وقع

---

(١) محكمة الاتحاد السويسرى فى ١٠/٦/١٨٩٢ سيرى ١٨٩٢—٤—٣٨ ، وقد قررت أنه لا يعتبر خطأ الغلط فى التشخيص ، أى فى تفسير الأعراض المختلفة حتى لو كان فى استطاعة طبيب حاذق ومجرب أن يقف فوراً على حقيقة الحالة . ومن باب أولى لا خطأ إذا تعلق الأمر بوسيلة طبية لا زالت محل خلاف بين أساطين الفن . إنما الإخلال بالأصول العلمية الثابتة المعترف بها من الجميع يعتبر خطأ موجباً للمسئولية ، وفى غيره لا نكون إلا بصدد أغلاط لا يمكن تلافيها فى مزاولة مهنة يكثر فيها الاختلاف فى وجهات النظر كالمهنة الطبية .

ومانت سير سين فى ٢٦ يناير سنة ١٩١٢ جازيت باليه ١٩١٢—١—٣٢٨ ، وقد اغتفرت المحكمة للطبيب أنه أخطأ فى تشخيص حالة دفتيريا عند طفلة وصف حالتها بأنها التهاب رئوى بسيط وجاء فى حيثيات الحكم .

Attendu d'une part que les médecins dans une matière aussi délicate que l'est souvent le diagnostic des maladies ne sauraient être responsables de leurs erreurs qu'en cas où celles-ci seraient le résultat d'une faute, d'une maladresse visible ou de leur imperitie; qu'il faudrait donc qu'en diagnostiquant une bronchite alors que la jeune P. était atteinte du croup le Dr. P... ait commis une erreur grave et inexcusable..; Attendu au surplus que les déclarations faites par des hommes de l'art il résulte qu'à ses debuts et en raison de ses manifestations la diphtherie revêt parfois chez les enfants l'aspect d'une simple bronchite.

=

فيه مما يحتمل أن يقع فيه الطبيب اليقظ ، إذا أحيط بنفس الظروف الخارجية التى

وليس بذى شأن أن يكون الغلط فى التشخيص قد أودى بحياة المريض ، فلقد حصل مرة أن طبيباً شخص حالة طفل على أنه مصاب بالتهاب غشائى فى الحلق Angine à fausse membrane واقتصر فى علاجه على غرغرة وغسيل للأنف ، ولكن اتضح بعد ذلك أن الطفل مصاب بالدفتريا فأعطى العلاج المناسب ، ولكن سهم المنية كان قد نفذ نقضى الطفل نحبه . حكمت محكمة السين فى ١٩١٤/٢/٢٣ جازيت باليه ١٩١٤ــ٢ــ٢٤٢ ، بأن غلطة الطبيب مغتفرة لا سيما وأنه لم يستطع أن يتتبع سير المرض حيث لم يعرض عليه الطفل سوى ثلاث مرات .

والحكم فيما ذهب إليه كان يتفق مع ما كانت عليه العلوم الطبية فى ذلك العهد فلقد قرر الخبير فى تلك القضية أن الحقن بمصل الدفتريا والتحليل ليسا من الأصول المتفق عليها علمياً فى حالة الشك فى طبيعة الخناق .Angine

وراجع أيضاً استئناف باريس ١٩٢٣/٦/٦ دالوز ١٩٢٤ــ٢ــ١١٧ ، فى قضية تلخص ظروفها فى أن امرأة وقعت من على السلم فجرحت يدها فشخص الطبيب حالتها بأنها التواء فى قبضة اليد وأمر بتدليكها ، ولكنها لم تتحسن فأدخلت فى إحدى المستشفيات حيث تبين أن فى يدها كسرا لم يجبر .

رفضت محكمة باريس إعتبار الطبيب مسئولا عن الغلطة التى وقع فيها إذ أن الالتهاب ما كان ليسمح له بإجراء تشخيص صحيح .

ويعاب على هذا الحكم من الناحية الطبية أن الطبيب فى الواقع أهمل فى عدم أخذ صورة بالأشعة ليد المريضة مع أن الظروف كانت تحتم عليه أن يشتبه فى وجود كسر بها .

لانيون فى ١٩٣٢/١٢/١٩ جازيت باليه ١٩٣٣ــ١ــ٣٣٩ ، والحكم اغتفر للطبيب الخلط بين حالة التهاب وسرطان فى الثدى، ولم يكتشف السرطان إلا أثناء العملية، وقد أشارت حيثيات الحكم إلى أن الطبيب لا يسأل إلا إذا كان الغلط الذى وقع فيه ينم عن الجهل المطبق بالعلوم الطبية .

راجع أيضاً جراى ١٨٧٣/٧/٢٩ سيرى ٧٤ــ٢ــ٥٨ ودالوز ٧٤ــ٥ــ٤٣٦ ، هافر ١٨٨٩/١٢/٥ دالوز ١٨٩١ــ٢ــ٢٨١ ، بوردو ١٨٩٢/٥/٢٥ مذكور فى بيتل ص٨٥ ، جان ١٩١٣/٦/٢ بازيكريزى ١٩١٣ــ٢ــ٣٣٥ ، اوران ١٩٢١/١٠/٢٠ جازيت باليه ١٩٢١ــ٢ــ٥٨١ ، روان ١٩٢٣/٤/٢١ جازيت باليه ٢٣ــ٢ــ٢٤٧ ، سين ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٢ جازيت المحاكم ١٩٣٢/٨/٢٣ ومجموعة المبادىء القانونية المدنية Juris-classeur civil فى التعليق على المواد ١٣٨٢ إلى ١٣٨٤ المسئولية الطبية رقم ٢/١٣٨ ، سين ١٩٣٦/٣/٣١ مذكور فى ديفلو ص ٦٤ ؛؛ جنيف ١٥ مارس ١٩٣٥ المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ ص٩٠٣ فى تعليقات تيلو ، جاردنا وريتشى ص ٣١٢ بند ١٩٥ والأحكام التى يشيران إليها وهما يقرران أن الطبيب لا يسأل عن الغلط فى التشخيص إلا إذا دل على جهل تام بالأصول العلمية .

قارن بزانسون ١٩٣٢/٧/١١ مجموعة المبادىء القانونية المدنية Juris-classeur civil فى التعليق على المواد ١٣٨٢ إلى ١٣٨٤ ــ المسئولية الطبية رقم ٣/١٦٢ .

أحاطت به ووجـد أمام نفس الحالة التى عرضت عليه . فمثل هذا الغلط أقرب إلى أن يكون غلطاً من العلم لا من الطبيب لأنه يرجع إلى النقص فى العلوم الطبية فهو غاط يتعرض له كل طبيب أثناء مزاولته لمهنته[١] .

وقد كان الأستاذ بروواردل يقول لتلاميذه فى دروس الطب الشرعى « كثيراً ما وقعت فى الغاط ولـكن ليس لأحد أن يوجه إلينا أى لوم ما دمنا قد توخينا الدقة فى كشفنا ففحصنا الأعراض والسوابق قبل إجراء التشخيص، فإذا ظهر فساده مع ما اتخذناه من الاحتياط لعدم الوقوع فى الغلط ، فليس لأحد أن يحاسبنا ، ويجب ألا ننسى أن أكبر العلماء لم يسلموا من الغلط[٢] ».

= وراجع فى الأحكام المصرية ـ العطارين الجزئية فى ١٩٢٩/٤/٩ (حقوق سنة ٤٤ ص ١٦٩) وقد أعفت الطبيب من المسئولية عن خطئه فى التشخيص لدقة التشخيص فى تلك الحالة وقد جاء فى حيثيات حكمها : « حيث أنه وإن كان المتهم قرر يوم ١٩٢٨/٧/١٨ أمام الطبيب الشرعى المساعد ويوم ١٩٢٨/٩/٢٦ أمام النيابة أنه كان لديه شك بسيط فى احتمال أن يكون الورم أنوريزميا قبل إجرائه العملية ، إلا أنه فى يوم ١٩٢٧/١٠/٢٧ عند ما سئل بعد الوفاة ببضعة أيام قرر ما يفهم منه أنه كان يعتقد أنه ورم بسيط، حيث ذكر صراحة أنه عند الفحص الظاهرى لم يجد أى تعفن أو اتصال بين الوريد الفخذى وبين الورم ؛ وحيث أن الطبيب الشرعى المساعد قال أمام المحـكمة إنه شخصيا يستبعد جداً أنه كان عند المتهم أى شبهة ولو طفيفة فى أن الورم أينوريزمى وأن الحالة التى كان عليها المصاب صعبة التشخيص .

وحيث أنه لذلك ترى المحـكمة أن الأقوال الأولى التى قررها المتهم هى الحقيقة ، وأنه لم يفطن مطلقاً إلى احتمال أن يكون الورم أينوريزميا وأنه لم يقل الثانية إلا لما وقف أمام طبيب مثله حتى لا يقول عنه إنه لم يتمكن من تشخيص المرض جيداً وقد سار فى هذا التيار أمام النيابة أيضاً .

وحيث أنه على العموم أيضاً لا يمكن أن يسأل الطبيب عن أدائه العملية ولا يجوز للمحاكم أن تناقشه فيها ولا فى التشخيص الذى يعطيه لأى مرض يعرض عليه طالما أنه كان فى النطاق الذى تسمح به قواعد الطب الفنية ... » .

والجدير بالملاحظة أن المحكمة بعد أن تبينت دقة التشخيص من الناحية الفنية استبعدت أقوال المتهم نفسه واعتمدت على قول عدل عنه لـكى تصل إلى أنه أخطأ فى التشخيص ولـكن خطأه هذا مغتفر من الناحية الطبية .

وراجع أيضاً سم ١٩٣٣/١١/٢ .B.L.J ٤٦ ـ ٢ ـ ٩ وجازيت ٢٥ ص ٣٠ رقم ٤٤ .

(١) مازان ص ٨٧ و ٨٨ ، وديع فرج مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٢٣ ؟؟ بيتل ص ٨٢ ؟؟ بلانش روديه ص ٥٢ ؟؟ .

(٢) بروواردل — المسئولية الطبية ص ٥٨ .

وقد ذكر الأستاذ بروواردل فى هذا الصدد أن الأستاذ لوجيه أستاذ أمراض النساء فى جامعة باريس خلط بين حالة حمل وكيس فى المبيض فعالج الحالة بالوصف الأخير وبعد بضعة أيام حضر الأستاذ لوجيه إلى المستشفى متوقعاً النجاح فدهش إذ وجد بجانب مريضته ما ظنه ورماً يتحرك ويصيح[1].

فالغلط فى التشخيص لا يوجب بذاته مسئولية الطبيب[2]. ولكن ليس معنى هذا تابعاً أن كل غلط فى التشخيص بالغاً ما بلغ يغتفر للطبيب أو الجراح، فقول كهذا يتنافى وما قلناه فى صدد معيار الخطأ الطبى وما قالته محكمة النقض الفرنسية فيما يختص بالالتزامات التى يرتبها عقد العلاج. فالطبيب ملزم بأن يبذل للمريض جهوداً صادقاً يقظةمتفقةفى غير حالةالظروف الاستثنائية معالأصول العلمية الثابتة، التى يتحتم على كل طبيب الإلمام بها ومن ثم فهو يحاسب حتما على كل غلطة تنم عن أغفال أو جهل بتلك الأصول[3].

---

(١) بروواردل ــ المسئولية الطبية ص ٥٨ .

(٢) أميل تيلو ــ قضاء محكمة الاتحاد السويسرى ــ المجلة الفصلية سنة ١٩٣٢ ص١١٩٩ و١٢٠١، وديع فرج بمجلة القانون والاقتصاد سنة١٢ص٤٢٣ ؛؛ جاردنا وريتشى ص٣١٢، ديموج ج٦ بند١٨٠،مازان ص ٩١ ؛؛ دوند يودىفابر نشرة الطب الشرعى سنة ١٩٣١ ص٤٤٩ . متز ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٧ــ٢ــ١١٠ وسيرى٦٨ــ٢ــ١٠٦، هافر ٥/١٢/١٨٨٩ جازيت باليه ٨٩ــ٢ــ٦٨٠ ودالوز ٩١ــ٢ــ٢٨١ هامش أ ، ليبج ٣٠ يوليه سنة ١٨٩٠ بلجيكا القضائية ١٨٩١ــ٦٩٩ ، روان ٣٠/٦/١٨٩٦ جازيت باليه ١٨٩٦ــ٢ــ١٤ ، سين ٢٢/١٠/١٨٩٧ سيرى ٩٩ــ٢ــ٩٠ ، سين٢٣/٢/١٩١٤ مجموعة المبادىء القانونية المدنية م ١٣٨٢ إلى١٣٨٤ Juris- classeur civil المسئولية الطبية رقم١٠٠/١، سين٢٣/٢/١٩١٥فى جاردنا وريتشىص٣٨٠ عمود ٢، نقض٢١/٧/١٩١٩ سيرى ٢٢ــ٢ــ١١٣ فى الهامش ودالوز ٢٠ــ١ــ٣٠ وتعليق دنيس، نقض ١٦/٤/١٩٢١ سيرى ٢٣ــ١ــ١٤٢ ، روان ٢٠/١٠/١٩٢١ جازيت باليه ٢١ــ٢ــ٥٨١ ، روان ٨ نوفبر سنة ١٩٢٢ سيرى ١٩٢٦ــ٢ــ٧٣ وتعليق بيرو ، روان ٢١/٤/١٩٢٣جازيت باليه ١٩٢٣ــ٢ــ٢٤٧وسيرى ٢٤ــ٣ــ١٧، ليبج١٣/٦/١٩٢٤بلجيكا القضائية ١٩٢٥ــ١٦ والمحاماة سنة ٥ ص ٨٤٥ رقم٦٩٦ ، دويه ٢٤/١/١٩٣٣ سيرى ١٩٣٣ــ٢ــ٢١٣ ، جنح مصر المستأنفة ٢/٥/١٩٢٧ المجموعة الرسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ ص٢٩ .

(٣) جرافن ١٥٧ ، وديع فرج بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص٤٢٥ ، ساهو٨٨، مازان ٩٢؛؛راندو ص ٩٥ ، نيجر٧٤ ، لاكاسبند ١٢٢، بلانشروديه ص٥٥؛؛ومحكمة =

ولا يعترض بأن الشهادة التى يحملها الطبيب دليل على كفاءته فإن هذه

= الاتحاد السويسرى ١٨٩٢/٦/١٠ سيرى ١٨٩٢ـ٤ـ٣٨ ، محكمة الاتحاد السويسرى ١٨٩٢/١٢/٩ سيرى ١٨٩٢ـ٤ـ١٦ ، فى قضية تلخص ظروفها فى أن شخصاً عرض نفسه على أحد الأطباء ، فشخص حالته بأنها التهاب زهرى وعالجه على هذا الأساس ، ولكن آلام المرض ازدادت فعرض نفسه على أطباء آخرين ، شخصوا حالته على أنها سرطان وانتهى الأمر بقطع قضيبه .

قررت محكمة الاتحاد السويسرى أن الطبيب إذ فاته أن يلحظ حالة السرطان منذ البداية قد ارتكب خطأ ضد قواعد الفن مبناه الجهل أو الاهمال فى بحث أعراض المرض ولكن الطبيب ملزم بأن تكون له دراية بالمبادىء الأساسية فى الفن الطبي فان عرضت عليه حالة شعر أمامها بنقص فى علمه فعليه أن يستعين بأحد زملائه إلا إذا حالت الظروف دون ذلك .

هافر ١٩٢١/٦/٤ جازيت المحاكم ١٩٢٢—٢—١٢٢ (عدد ٢٧ يناير سنة ١٩٢٢) ، جنيف ١٩٣٥/٣/١٥ وتعليق تيلو فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ ص٩٠٣ ، مصر المختلطة ١٩١٦/١٢/٣٠ جازيت المحاكم المختلطة سنة ٧ ص٥٧ رقم ١٦٦ .

قارن سانت كانتان ١٨٦١/٥/٢٢ القانون ٢٧/٢٨ـ٥ـ١٨٦١ ، وقد اشترط الحكم الخطأ الجسيم أو الجهل المطبق ، لانيون ١٩٣٢/١٢/١٩ جازيت باليه ١٩٣٣—١—٣٣٩ (الجهل المطبق بأصول الطب) ، مونتبيليه ١٩٣٤/٦/٧ (الخطأ الجسيم) ، دويه ١٩٣٤/١٢/١٨ مجموعة دويه ١٩٣٦—٣٨ (الخطأ الجسيم) ، متز ١٨٦٧/٥/٢١ سيرى ٦٨—٢—١٠٦ (الخطأ الفاحش) ، دويه ١٩٣٣/١/٢٤ سيرى ١٩٣٣—٢—٢١٣ (الخطأ الجسيم) ، جاردنا وريتشى والأحكام التى يشير إليها ص ٣١٢ ، استئناف مختلط ١٩٣٨/٤/٢١ B. L J. ٥٠ـ٢ـ٢٥٠ (الغش أو الخطأ الجسيم) ، استئناف مختلط ١٩٣٣/١١/٢ B. L. J. ٤٦ـ٢ـ٩ (الجهل الحقيق) وجازيت ٢٥ ص٣٠ رقم٤٤ .

وهذه الأحكام تشعر بوجود استثناء حقيق لصالح الأطباء فيما يتعلق بالأخطاء التى تقع فى التشخيص فلا يسألون إلا عن الأخطاء الجسمية أو التى تدل على جهل مطبق بالعلوم الطبية .

ودون أن نذهب فى تحليل هذا القضاء إلى حد إعادة ما سبق أن قررناه من أنه لا يشترط لقيام مسئولية الطبيب درجة معينة من الخطأ ، يكفينا أن نقرر أن المحاكم قد تأثرت بكون التشخيص أكبر ميدان للخلافات العلمية ، وأكثر ناحية فى عمل الطبيب دورانا على الاحتمال واعتماداً على الحدس والتخمين ، وهى لم تقصد إلا أنه تكون غلطة الطبيب فى التشخيص قد نمت عن خطأ واضح أو جهل أكيد بالأصول الطبية .

وراجع مع ذلك استئناف مصر فى ١٩٢١/٤/١٦ محاماة سنة ٢ ص ٣٠ رقم ١٣ وسنة ٥ ص ٤١٧ رقم ٣٦٠ وقد جاء فى حيثياته ... « وحيث عن الأمر الأول فقد أجمع علماء القانون أن الطبيب غير مسئول عما يقع فيه من الخطأ فى تشخيص المرض خصوصاً إذا تشابهت الأعراض كما يقال هنا » ولو وصل علم الطب إلى هذه الدرجة من التقدم ومعرفة طبيعة الأمراض =

الشهادة لا تعدو أن تكون وثيقه تمنحها الدولة لمن تجمعت فيه الصفات والمؤهلات اللازمة لمزاولة الطب ، فهى لا تعفى الطبيب من المسئولية عن إهماله أو إغفاله للأصول الطبية التي يفترض فيه الالمام بها .

ولئن كان تقدير المحاكم لخطأ الأطباء يلزمها باقتحام الدائرة العلمية لتفهم الأصول الطبية ، وهو ما كانت تتحرج منه فى أول الأمر(١) ، فليس معنى هذا أن المحاكم لها الحق فى المفاضلة بين النظريات العلمية المختلفة ، بل عليها أن تبحث خطأ الطبيب على أساس الأصول العلمية الثابتة التى ليست محل جدل من الناحيه الطبية(٢) .

ولا شك أن المستوى العلمى الذى يتطلب من الطبيب يختلف بحسب مستواه المهنى والناحية التى تخصص فيها ، فالأخصائيون يسألون عن أحدث ما وصل اليه

= بصفة قاطعة عند التشخيص لأصبح العالم غير العالم الذى نرى الآن ولخفت وطأة الموت كثيراً عما هى عليه » .

وكذلك حكم هافر ١٨٨٩/١٢/٥ دالوز ٩١ـ٢ـ٢٨١ فى هامش ١ وقد جاء فى حيثياته .

Attendu que le diagnostic de la maladie dont souffre la dame Venancie est des plus difficiles parce que les symptomes mêmes de cette maladie sont de nature, ainsi que l'enseignent les traités de médecine à tromper les médecins, et que l'opération chirurgicale désirée par Venancie est des plus dangereuses, a trop souvent pour résultat la mort immédiate de la malade et est prescrite par les praticiens les plus distingués.

Qu'on ne saurait d'ailleurs, en droit, dans aucun cas reprocher comme faute grave à un médecin de s'être trompé dans un diagnostic et de s'être refusé à pratiquer une opération chirurgicale dont les résultats sont toujours problématiques.

وهذان الحكمان وإن قضيا بعدم المسئولية عن الغلط فى التشخيص فليس معنى ذلك أنهما أقرا قاعدة عدم المسئولية بوجه عام لأن ظروف القضيتين لم تنطو على خطأ بالمعنى الفنى لدقة التشخيص فى الحالتين .

(١) نقض ١٨٣٣/٦/١٨ سيرى ١٨٣٥ـ١ـ٤٠١ ، نقض ١٨٦٢/٧/٢١ سيرى ١٨٦٢ـ١ـ٨١٧ وداللوز ٦٢ـ١ـ٤١٩ ، ديجون ١٨٦٨/٥/١٤ سيرى ١٨٦٩ـ٢ـ١٢ ودالوز ٦٩ـ٢ـ١٩٥ .

(٢) ليج ١٩٣١/١/١٢ بلجيكا القضائية ١٩٣١ عمود ١٨٥ .

التقدم العلمى فى الناحية التى تخصصوا فيها ومسئوليتهم فى ذلك بطبيعة الحال أشد من مسئولية الأطباء العموميين[١]. وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة سانت أفريك فى ١٩٣٣/٧/١٨ بأن طبيب الأشعة الذى لا يكشف كسراً فى رأس عظم الفخذ الذى أخذ له صورة، مع ما أثبته الخبراء من وضوح أثر الكسر فى تلك الصورة، يدل بذلك على جهل تام بقراءة الصور العظمية، جهل لا يغتفر على الأخص من طبيب متخصص[٢].

وفى مقابل ذلك لا يسأل الأخصائى عن عدم الكشف عن مرض لا يدخل فى الدائرة التى قصر عليها اختصاصه؛ فمثلا لا يلام من تخصص فى أمراض المعدة إن هو لم يفحص الأعضاء التناسلية للمريضة وهو ما كان يضمن له الوقوف على حقيقة الداء[٣].

وعلى الطبيب أن يعترف بعجزه فيستعين بغيره إذا وجد أمام حالة أشكل عليه تشخيصها أو اشتبهت عليه أعراضها وإلا كان مسئولا عن خطئه إن هو استبد برأيه[٤].

---

(١) مازو ج ١ بند ٥١١ ص ٥٥٣، لاكاس بند ١٢٣.

(٢) سانت أفريك ١٩٣٣/٧/١٨ جازيت باليه ٣٣—٢—٨٦٤، نقض ١٩٣٩/٤/٣ سيرى ٣٩—١—١٦٦ والتعليق ودالوز الأسبوعى ٣٩—٣٣٧. والواقع أن عدم إكتشاف الكسر فى الصورة التى أخذت بالأشعة لا يمكن أن يحمل إلا على أحد أمرين كلاهما موجب لمسئولية الطبيب. فإما أنه أهمل فى تحرى وجه الدقة فى قراءة الصورة وإما أنه يفتقر إلى الخبرة الفنيـة المتطلبة فى الاخصائى. راجع أيضاً مونتبلييه ١٩٣٤/٥/٢٩ دالوز الأسبوعى ١٩٣٤—٤٥٣.

(٣) بلانش روديه ص ٢١٩و٢٢٠، مازو ج ١ بند ٥١١ص٥٥٣، إيفرى ١/٥ سنة ١٩٣١ المجلة الفصلية سنة ٣١ ص ٨٩٤ وتعليق ديموج بند ٣٧، مصر الكلية فى ٥/٣٠ سنة ١٩٣٣ فى القضية ٧٨٧ كلى سنة ١٩٣٢.

(٤) فالك المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ٦٢٨، ليجال الإهمال وعدم الاحتياط كمصدر للمسئولية التقصيرية رسالة سنة ١٩٢٢ ص ٧٠؛ لاكاس بند ١٢٣ ص ٩٥، سافاتييه ج٢ بند ٧٩١ ص ٤١٠، متز ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٧—٢—١١٠، الاتحاد السويسرى ١٨٩٢/١٢/٩ سيرى ٩٣—٤—١٦، نانسى ١٩٢٨/٨/١٩ جازيت باليه ١٩٢٨—١—٤١٦، مونبلييه ١٩٣٤/٦/٧ دالوز الأسبوعى ١٩٣٤—٤٨٣.

٣ — مرحلة اختيار العلاج :

ولئن كان على الطبيب أن يعتنى بالتشخيص ليجنب نفسه مواطن الزلل فى معرفة الداء ، فما ذلك إلا توصلا لتحديد الدواء المناسب لحالة المريض . وفى هذه المرحلة أيضاً — مرحلة اختيار العلاج — يبين ما فى الطب من احتمالات إذ لا يكفى أن يعرف الطبيب نوع المرض بل يجب أن يراعى بنية المريض وسنه ودرجة إستهدافه وقوة إحتماله وحالته النفسية ليختار له ما يناسبه من طرق العلاج . فالمرض الواحد ليس علاجه واحداً فى جميع الأحوال وما ينفع مريضاً قد يلحق أكبر الضرر بمريض آخر مصاب بنفس المرض حتى لقد قيل إنه ليست هناك أمراض بل مرضى .

ولقد قررت محكمة سانت كانتان فى ١٦ أبريل سنة ١٨٩١ أن الطبيب يعتبر مخطئاً إذا أمر بعلاج لم يراع فيه بنية المريض وسنه وقوة مقاومته ودرجة إحتماله للمواد السامة التى تقدم اليه[١] .

وحتى يكون الطبيب مسئولا يجب بداهة أن يكون فى استطاعته أن يكشف عن ضعف المريض الذى يحول دون استعمال علاج معين[٢] .

---

(١) سانت كانتان فى ١٦ أبريل سنة ١٨٩١ مذكور فى ديسلير ص ٨٧ ، ليون ١٧ نوفبر سنة ١٩٠٤ سيرى ١٩٠٧—٢—٢٣٣ ، أميان ١٤ فبراير سنة ١٩٠٦ سيرى ١٩٠٩—٢—٢٢٥ ، سين ١٠ يناير سنة ١٩٢٠ جازيت باليه ١٩٢٠—١—٣٥٩ ، نقض جنائى ١٦ أبريل سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢١—١—١٨٤ ، مرسيليا ٢٦ أبريل سنة ١٩٢١ جازيت باليه ١٩٢١—٢—١٦٢ ، لييج ١٢ يناير سنة ١٩٣١ بلجيكا القضائية ١٩٣١ عمود ١٨٥ ، سين ٩٧ فبراير سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية المدنية Juris-classeur civil مادة المسئولية الطبية فى التعليق على المواد ١٣٨٢و١٣٨٣ رقم ١٠٩/١ بلانش روديه ص ٩٥؛ جاردنا وريتشى ص ٣١٣ رقم ١٩٨ ، تعليق ميرينياك فى دالوز ١٩٠٧—٢—٤٤ ، بيتل ص ١٠٦و١٠٧ ، لاكاس بند ١٢٧و١٣٥ ، جرافن ص ١٦١ ، مانش ص ١٠٥ والأحكام التى يشير إليها ، بيرو فى سيرى ١٩٠٧—٢—٢٣٣ فى الآخر .

قارن شاتوتيرى ١٩٠٥/٦/٧ سيرى ١٩٠٩—٢—٢٢٥ .

(٢) هالسبورى ج ٢٢ ص ٣١٩ هامش ٢ ، مازان ص ١١٠ فى الآخر ، بلانش روديه ص ٩٧ ، نقض ١٩٣٧/١٠/١٨ سيرى ١٩٣٨—١—٦ ودالوز الأسبوعى ١٩٣٧—٥٤٩

ويجب على الطبيب فى جميع الأحوال أن يراعى منتهى اليقظة فى وصف العلاج ، وغالباً ما يكون ذلك كتابة فى تذكرة يبين فيها تركيب الدواء وطريقة استعماله والجرعة التي يجب على المريض أن يتناولها ، ويكون الطبيب مسئولا عن كل إهمال أو جهل بأصول الفن فى وصف الدواء أو تحديد الجرعة [١] ؛ أما إذا اكتفى الطبيب بتحديد دواء بجرعة أزيد قليلا من المعتاد حتى يكون تأثيره أقوى فإنه لا يرتكب خطأ ما طالما أن الزيادة فى الجرعة لم تخرج عن حد المعقول [٢] ؛

---

(٢) محكمة جرينوبل ١٨٧٦/٢/٣ مذكور فى مازان ص ١١٢ ، وقد اعتبرت الطبيب مسئولا عن وفاة مريض نتيجة خطئه فى وصف تركيب دواء إذ أشار بأن يكون به ٤٠ جرام مورفين بدلا من ٤ جرام . محكمة رين فى ١٨٤٢/١٢/٧ مذكور فى مازان ص ١٢٢ ، وقد اعتبرت الطبيب مسئولا عن وفاة مريض نتيجة غلطة فى جرعة سيانور البوتاسيوم التى أشار باستعمالها . سين ١٨٩٤/٧/٢٨ جازيت باليه ١٨٩٦—٢—٦٥ ،ليكتور ١٨٩٥/٤/٥ جازيت باليه ١٨٩٥—٢—١٤٣ ، إسباليون ١٩٣٢/١٠/١٠ دالوزالأسبوعى ١٩٣٢—٥٩٧ سم ١٩٣٣/١١/٢ « B. L. J. » ٤٦—٢—٩ ، مصر مخ ١٩٢٣/٤/٢٦ جازيت المحاكم المختلط ١٥ ص ٨٨ رقم ١٣٢ ، دونديودى فابر نشرة طبية شرعية ١٩٣١ ص ٤٤٩ وحكم كان الذى يشير إليه فى ١٨٧٩/٢/٢٠ ، مازان ص ١١٢ ، لاكاس بند ١٢٧ ، نيجر ص٨٥ ؛؛ دونديودى فابر نشرة طبية شرعية ١٩٢٨ المسئولية الطبية ص ٤١٤ ، بيتل ص ١٠٢ ؛؛

راجع أيضاً كتاب متن الأمير وحاشية حجازى العدوى ج ٢ ص ٤٠٦ وقد جاء فيه أن الطبيب يعتبر مسئولا إذا تجاوز الحد المعلوم فى الطب عند أهل المعرفة كأن سقى عليلا دواء غير مناسب للداء معتقداً أنه يناسبه وقد أخطأ فى اعتقاده .

وكتاب ابن الأخوة الشافعى « معالم القربة فى أحكام الحسبة » . مذكور فى مقال الشيخ عبد العزيز المراغى عن مسئولية الأطباء بمجلة الأزهر المجلد ٢٠ ص ٢٠٦ ؛؛ أنظر ص ٢٠٨ حيث جاء فيه أن الطبيب يعتبر مسئولا إذا كان العلاج الذى أمر به على غير مقتضى الحكمة وصناعة الطب من غير تفريط ولا تقصير .

والعبدرى فى كتابه التاج والإكليل لمختصر خليل وقد نص على مسئولية الطبيب إذا أخطأ فى اختيار العلاج . راجع العبارة التى نقلها الشيخ عبد العزيز المراغى فى المقال السابق المجلد ٢٠ بمجلة الأزهر ص ٢١١ ، ٢١٢ .

ومثل ذلك ما ذكره المواق ج ٦ فى شرحه على متن خليل فى مذهب مالك عند قول المتن « وضمن ما سرى كطبيب جهل أو قصر » راجع مقال الشيخ عبد العزيز المراغى المرجع السابق ص ٤١٥ ، ٤١٦ .

(٢) تقرير الخبراء فى القضية التى صدر فيها حكم سانت أتين فى ١٨٩٢/٢/٥ دالوز ١٨٩٥—٢—١٩٩ .

كذلك الحال إذا كانت الجرعة متفقة مع ما تقضى به الأصول العلمية ولكنها أثرت تأثيراً سيئاً على المريض نتيجة حساسية خاصه فى جسمه لم يكن فى استطاعة الطبيب أن يتبينها[١]. ولا يسأل الطبيب أيضاً إذا اتبع نظرية أحد أساطين الفن فى تحديد طريقة العلاج ، ثم لم يصادفه التوفيق فإن عدمُ توفيقه لا يحتسب خطأ عليه ، بل نقصاً فى العلوم الطبية التى لم تصل إلى حد الكمال[٢].

ومتى اضطر الطبيب الى استعمال عقاقير خطرة أو سامة ، فيجب عليه بنوع خاص أن يلفت نظر المريض الى طريقة استعمالها والجرع المصرح له بها وينبهه الى خطورة التجاوز عن تعليماته حتى لا يقع فى غلطة قد يكون ثمنها أن يفقد حياته[٣]. ولئن كان الطبيب ملزماً كلما أمر بعقاقير سامة بأن ينبه المريض إلى ذلك ويحدد له على وجه الدقة الجرعة التى يتناولها فليس عليه بطبيعة الحال أن يلازم المريض ليراقب تنفيذ تعليماته، وإلا تعذر عليه — كما قررت محكمة استئناف ليون بحق [٤]— أن يباشر مهنته ، وحسبه أن ينبه المريض الى مخاطر الدواء وأن يتبع

---

(١) تقرير الخبراء فى القضية التى صدر فيها حكم محكمة سانت أتين فى ١٨٩٢/٢/٥ دالوز ١٨٩٥—٢—١٩٩ ، سم ١٩٣٣/١١/٢ B. L. J. ٤٦—٢—٩ جازيت ٢٥ص٣٠ رقم ٤٤ ، هالسبورى ج ٢٢ ص ٣١٩ هامش ٢ . وقرب من ذلك العبارة التى سبق أن نقلناها عن كتاب تبيين الحقائق ج ٥ص١٣٧ وهى صريحة في أن الطبيب لا يسأل عما لا يمكن التحرز عنه مما يرجع إلى قوة بنية المريض أو ضعفها . وكذلك عبارة الهداية والعناية ج ٢ ص ٢٠٦ فى فى نفس المعنى .

(٢) ليون ١٩٠٤/١١/١٧ سيرى ١٩٠٧—٢—٢٣٣ ودالوز ١٩٢٠—١—٣٠ فى هامش ١ ، لييج ١٩٣٣/١/١٣ بلجيكا القضائية ١٩٣٣—١٩٠ ، مازان ص ١١٣ .

(٣) جنح سانت أتين ١٨٩٢/٢/٥ دالوز ١٨٩٥—٢—١٩٩ ، ليون ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٣ دالوز ١٨٩٥—٢—١٩٩ وقد وافقت محكمة جنح سانت أتين من حيث المبدأ وإن اختلفت معها من حيث تقدير الوقائع ، محكمة مصر المختلطة ١٩٢٣/٤/٢٦ جازيت المحاكم المختلطة ١٥ ص ٨٨ رقم ١٣٢ . بلانش روديه ص ٩٩ ، مازان ص ١١٣ فى الآخر و١١٤ ، بيتل ص ١٠٥ ، ديسلير ص ٨٨ ، ديموج ج ٦ بند ١٨٠ ص ١٨٧ وهو يربط بين مسئولية الطبيب فى هذه الحالة وبين فكرة التضامن بين المتعاقدين فى العقود المهنية .

(٤) ليون ١٨٩٣/١٢/٧ دالوز ١٨٩٥—٢—٩٩ ، بيتل ص ١٠٥ ، روديه ص ٩٩ و١٠٠ . قارن سين ١٨٦٥/٦/٢١ فى دونديودى فابر نشرة طبية شرعية ١٩٣١ ص ٤٤٩ ،

عن كثب تأثيره عليه لكى يوجه العلاج بالشكل الذى يناسب حالته[(١)].

ولا يفلت الطبيب من كل مسئولية إذا كان العلاج الذى وصفه ينطوى على بعض المخاطر على حياة المريض لمجرد أنه نبهه إليها أو أخذ رضاه عنها بل يجب أن تكون حالة المريض نفسه تدعو لتعريضه لهذه المخاطر. ويرتبط التزام الطبيب فى هذه الناحية بواجب أرباب المهن فى رفض التعاقد متى تبين لهم، بحكم علمهم وخبرتهم، أن تنفيذ العقد المزمع إبرامه يتضمن أخطاراً حقيقية على حرفائهم[(٢)]. فكما أن المهندس عليه أن يرفض إقامة بناء على أرض لا تطيقه أو بمواد رديئة[(٣)]، كذلك الطبيب عليه أن يرفض تعريض المريض لأخطار علاج لا تتناسب مع فائدته[(٤)]؛ فالمهنة الطبية وليدة الضرورة ولا يتصور أن يكون

---

(١) سين ١٠/١/١٩٢٠ جازيت باليه ١٩٢٠ـ١ـ٣٥٩، رين ٣ مارس سنة ١٩٣٠ juris. Classeur civil, 1382, 1383. 3me. partie, Responsabilité médicale. 3me. fasc. P.9 No 130 جاردنا وريتشى ص ٣١٣ رقم ٩١٨، دونديودى فابر النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٥٨، بيتل ص ١٠٥.

(٢) مارتان ص ١٢٥ ؟؛ محمد على إمام ص ٣٠٧ ؟؛ بند ١٢٦، ديموج ج ٦ ص ٢٨ بند ٢٢، ريبير القاعدة الخلقية ٢٤٩، ديموج المجلة الفصلية ١٩٣٢ — ص١٥٥ ؟؛ بند ٧، سافاتييه بند ٧٧٧، فان رين ص ٢١١، وديع فرج فى محاضراته غير المطبوعة التى ألقيت فى قسم الدكتوراه سنة ١٩٤٣ فى المسئولية المهنية.

(٣) مارتان ص ١٣١، بودرى ووحل الإيجار ج ٢ بند ٣٩٤٢، محمد على إمام ص٣٠٨ ديموج ج ٦ بند ٢٢ ص ٢٨ هامش ٣، نقض ١٦/٧/١٨٨٩ دالوز ١٨٩٠—١—٤٨٨

(٤) دومفرون ٢٨/٩/١٨٣٠ دالوز ريبرتوارج ٣٩ كلمة مسئولية ص ٣١٥ هامش ١، جراى ٢٩/٧/١٨٧٣ سيرى ١٨٧٤—٢—٥٨، سين ٢٧/٩/١٨٨٥ ذكره بيرو فى تعليقه على باريس ٢٢/١/١٩١٣ سيرى ١٩١٨—٢—٩٧، سانت كانتان ١٦/٤/١٨٩١ ذكره بيرو فى تعليقه على باريس ٢٢/١/١٩١٣ سيرى ١٩١٨—٢—٩٧، نيس ٢٣/٦/١٩٠٥ سيرى ١٩٠٩—٢—٣٢١، شاتوتييرى ٧ يونية سنة ١٩٠٥ سيرى ١٩٠٩—٢—٢٥٥ ودالوز ١٩٠٥—٥—٤١، اكس ٢٢/١٠/١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧—٢—٤١ وبازيكريزى البلجيكية ١٩٠٧—٤—٣٧، باريس ٢٢/١/١٩٢٣ سيرى ١٨/١٩١٩—٢—٩٧ وتعليق بيرو ودالوز ١٩—٢—٧٣، ليون ٢٧/٦/١٩١٣ دالوز ١٩١٤—٢—٧٣ وتعليق لالو، نقض ٢٩/١١/١٩٢٠ دالوز ١٩٢٤—١—١٠٣ وسيري ٢١ـ١ـ١١٩ وجازيت باليه ٢١ـ١ـ٦٨، سين ٢٥/٢/١٩٢٩ جازيت باليه سنة ١٩٢٩ـ١ـ٤٢٤، ليبج ١٢/١/١٩٣١ بلجيكا القضائية سنة ١٩٣١ عمود ١٨٥، ليون ٣/١/١٩٣٦ =

للطبيب حق التصرف فى أجسام الناس وعقولهم وأرواحهم دون أن يتقيد هذا الحق بفائدة المريض ، وفائدة المريض تأبى تعريضه لأخطار علاج لا مبرر له(١) .

= دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ — ١٢٧ ، بيتوم ٦/٢/١٩٣٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ — ٤٣٦ . والمبدأ مقرر منذ القدم — ميرلان موسوعة القضاء « كلمة جراح » ٢ ص ٦٦٢ وهو يشير إلى حكمين قديمين لقاضى سيدان وبرلمان نانسى تعرضاً لبحث مسئولية طبيب رأى أزاء خطورة الحالة أن يجرى عملية قيصرية لمحاولة إنقاذ امرأة كانت فى حالة وضع .

وراجع بلانيول وإسمان ج ٦ بند ٥٢٦ فى الآخر ، ومذكرة دنيس فى دالوز ١٩١٩ — ٢ — ٧٣ وتعليق بيرو فى سيرى ١٩١٨ — ٢ — ٩٧ ، بلانش روديه ص ٩٧ ، نيجر ص ١٠٠ ، لاكاس بند ١٢٤ ص ٩٦ وبند ١٣٥ وبند ١٦٠ ، ديموج المجلة الفصلية ١٩٣١ ص ٦٤١ ، بيرو فى سيرى ١٩٠٩ — ٢ — ٣٢١ ، مازان ص ١١١ ، بيدى ليفر فى النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣٤ ص ٩١ ، دونديودى فابر النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٤٣ و ٤٥٨ ديموج المجلة الفصلية ١٩٣٢ ص ١١٥ ؛؛ بند ٧ ، هنرى دى بوا فى دالوز ١٩٣٦ — ٢ — ١١ تعليقاً على سين ١٦/٥/١٩٣٥ ، جاردنا وريتشى ص ٣١٣ رقم ١٩٩ ، فالك المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ٦٣١ ؛؛ سافاتييه بند ٧٨٦ و ٧٩٣ .

والطبيب ملزم بألا يساير المريض فى رغباته إذا لم تكن تتفق مع مصلحته نقض ٢٩/١١/١٩٢٠ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ١٠٣ وسيرى ١٩٢١ — ١ — ١١٩ ، سين ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٥ جازيت باليه ١٩٢٩ — ١ — ٤٢٤ .

قارن لييج ١٣/١/١٩٣٣ بلجيكا القضائية سنة ١٩٣٣ — ١٩٠ ، والمحكمة وإن انتهت إلى إلغاء حكم محكمة أول درجة فإنها لم تخالفها فى المبدأ الذى قررته ، من حيث ضرورة تناسب خطر العلاج مع خطر المرض ، بل عمدت إلى التخفيض من قيمة أخطار العلاج حيث قررت أنه طبقاً للنظرية التى أخذ بها الطبيب لا تعتبر أخطار الحقن بمصل Deka أخطاراً قاتلة بل هى الثمن الحتمى للشفاء المأمول فيه ، فاذا كانت نظرة الطبيب المعالج خاطئة فليس ذلك إلا خطأ فى التقدير مرجعه إلى الخلافات العلمية التى لا يصح للمحكمة أن تقحم نفسها فى الفصل فيها . بيتل ص ١٣٣ و ١٣٤ . وقرب محمد على إمام رسالته فى مسئولية الصراف بند ١٢٤ ص ٣٠٣ وهو يربط بين اتجاه المحاكم إلى تقرير هذه القاعدة بالنسبة لسائر أرباب المهن وميل المشرع إلى حماية الضعفاء والأخذ بناصرهم .

(١) يميل البعض (وديع فرج — مسئولية الأطباء والجراحين — مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٣٠ ، لالو فى التعليق على ليون ٢٧/٦/١٩١٣ دالوز ١٤ — ٢ — ٧٣ ، سافاتييه بند ٧٧٧ و ٧٨٦) إلى القول بأنه لما كانت سلامة جسم الانسان من النظام العام فحالة الضرورة فقط هى التى تبرر المساس به ، وحالة الضرورة لا توجد إلا إذا كان الغرض منها دفع ضرر مساو على الأقل للفائدة المرجوة (سافاتييه بند ٩٨ و ١٠٤) فما تبيحه الضرورة يقاس بفائدة المريض وحده .

وعيب هذا الرأى فى نظرنا أنه يخطىء فى فهم الأساس الذى بنيت عليه عدم مسئولية الطبيب . =

يجب إذن على الطبيب أن يوازن بين أخطار العلاج وأخطار المرض ، فإذا كانت الحالة ميئوساً منها كان للطبيب حرية واسعة فى اختيار وسيلة العلاج التى يرى فيها الإنقاذ الأخير لحياة المريض ، إذ أن هذه الوسيلة لن يكون لها من الأخطار أكثر من خطر المرض نفسه ، ونتيجته الطبيعية هى الوفاة . و بالعكس إذا لم يكن المرض يهدد حياة المريض بالخطر فإن حرية الطبيب فى اختيار العلاج تضيق ، فيكفى أن يكون فى العلاج خطر ما على حياة المريض ليتحتم استبعاده[1] .

هذه الموازنة التى يجب أن يفصل فيها الطبيب برأى ليست من الأمور الهينة لما تنطوى عليه من عناصر هى على أكبر جانب من الدقة فى التقدير ؛ ولتصوير ذلك يكفينا أن نبين شيئاً من الصعوبات التى يجب على الطبيب أن يتخطاها أثناء مباشرته لبعض الوسائل العلاجية .

أولا — الحقن بمصل التيتانوس :

لا شك أن الحقن بمصل التيتانوس فى حالة الجروح الخطرة من شأنه أن

= فليس إعفاء الطبيب من المسئولية راجعاً إلى حالة الضرورة التى تفترض لزاماً قيام خطر جسيم حال وهو ما لا يتوفر فى جميع الأحوال التى تعرض فيها أمر مسئوليته (على بدوى الأحكام العامة فى القانون الجنائى ص٤٠٣) بل هو يرجع إلى أن أعمال التطبيب والجراحة الصادرة من ذى صفة فى ممارستها إنما هى أعمال مشروعة لأنها تؤتى لغرض نافع تتطلبه الحياة الاجتماعية وتقره الدولة (القللى المسئولية الجنائية ص ٢٥٤ ، الدكتور السعيد وكامل مرسى ص٤٢٣ ، على بدوى ص ٤٠٣ ؛؛ جارو ج ٥ بند ١٩٨٥ ، فيدال ومانيول بند ٢٣٣ ، أحمد أمين ص٣٩٢) وغنى عن البيان أن الطبيب يخرج بمهنته عن الغرض الذى شرعت من أجله إذا هو عرض المريض لأخطار علاج لا مبرر له (فإذا كان أساس عدم مسئولية الطبيب هو أنه يستعمل حقا مخولا له بمقتضى القوانين فإنه يجب أن يكون الفعل الذى ارتكبه فى الحدود التى يبيحها القانون وأن يكون الطبيب قد توخى منه الغرض الذى ينشده القانون والذى دعا الشارع إلى إباحته وإلا عادت إليه الصفة الجنائية . القللى المسئولية الجنائية ص٢٥٣ ؛؛ وعلى بدوى ص٤٠٥) فضلا عما فى ذلك من إخلال بالثقة المشروعة التى بنيت عليها العلاقة بينه وبين المريض (مارتان ص ٤٨ ؛؛ فى كون العلاقات المهنية تقوم على الثقة) .

(١) ليون ١٩١٣/٦/٢٧ دالوز ١٩١٤—٢—٧٣ ، نقض ١٩٢٠/١١/٢٩ دالوز ٢٤—١—١٠٣ وسيرى ١٩٢١—١—١١٩ وجازيت باليه ١٩٢١—١—٦٨ ، ليون ١٩٣٦/١/٣ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦—١٢٧ .

يجنب الجرحى خطر الإصابة بمرض التيتانوس ؛ ولكن استعمال هذا المصل فى جميع الأحوال يعرض المريض أحياناً لأخطار شديدة ، لا سيما إذا كان له استهداف ذاتى لمضاعفات المصل أو كان قد سبق حقنه به .

فماذا يفعل الطبيب إذن ؟ لا شك أن المسألة على جانب كبير من الدقة ولكن المبادىء الأساسية التى نادى بها أساطين الطب[1] ، والتى تأثرت بها المحاكم فى قضائها توجب التفرقة بين فرضين :

١ — إذا كان الجرح غائراً أو غير منتظم وكان قد اتسخ بحيث يصعب تعقيمه كان على الطبيب أن يحقن المصاب بمصل التيتانوس و إلا عرض نفسه للمسئولية ولا يعفيه من هذا الواجب أن يكون المكان الذى حصلت فيه الإصابة مما تندر فيه حالات التيتانوس[2] .

٢ — إذا كان الجرح سطحياً أو كانت ظروف الحال تدعو إلى الشك فى احتمال الإصابة بمرض التيتانوس فللطبيب وحده أن يقدر حالة المصاب وما قد يتعرض له من أخطار إن هو حقنه بالمصل ، ولا يسأل الطبيب عن المضاعفات الناشئة عن استعمال المصل ولا عن امتناعه عن استعماله طالما أن رأيه قد استوحى فيه التعاليم الطبية الحديثة و بناء على تقدير دقيق لملابسات الحالة من حيث المكان الذى حصلت فيه الإصابة وسببها وطبيعتها وحالة المريض النفسية وتكوينه الجسمانى[3] .

---

(١) نحن نشير بوجه خاص إلى ما اقترحته إحدى اللجان فى مؤتمر الطب الشرعى فى فرنسا دور ١٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ .

(٢) فالنسين ١٩٣٠/١٢/٢٦ جازيت باليه ١٩٣١ــ٢ــ٣٤٨ ، سافاتييه ج ٢ بند ٧٠٤ ص ٤١٢ .

(٣) إسياليون ١٩٣٢/١٠/١٠ دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ــ٥٩٧ ، بلفور ١٩٣٤/١٢/١٩ جازيت باليه ١٩٣٥ــ١ــ٩١٩ هامش ٢ ، مونتبيليه ١٩٣٥/٢/١ جازيت باليه ١٩٣٥ــ١ــ٩١٨ سيرى ١٩٣٥ــ٢ــ١٤٣ ، جراس ١٩٣٥/٥/٢٧ جازيت باليه ١٩٣٥ــ٢ــ٣٤١

ثانياً — العقاقير السامة :

معروف أن أغلب العقاقير الطبية لا تخلو من بعض السموم المعدنية ، فإن تجاوزت الجرعة ما يستطيع المريض أن يتحمله ، أصيب بحالة تسمم قد تذهب بحياته ، لذلك كان لزاماً على الطبيب أن يقدر الجرعة على أساس ما يتبين له من حالة المريض الجسمانية وسنه ووزنه ، وهو فى هذا يتعرض لزاماً لاحتمال الخطأ فى التقدير ، فقد تكون للمريض حساسية خاصة لنوع معين من الدواء تجعله يتعرض لاضطرابات خطيرة لمجرد تناوله أقل جرعة منه .

وفن تلافى الحوادث هو أدق ناحية فى الطب ؛ فالطبيب الذى يعالج مريضاً بالزهرى مثلا قد يرى أن زرنيخات البنزين تحقق له أكبر الفوائد ولكنه يجب ألا ينسى ما قد يتعرض له المريض من أخطار من جراء استعمال هذا الدواء . ولقد عالج دونديودى فابر ودنوار ود برويل[1] — فى تقريرهم المقدم للمؤتمر السادس عشر للطب الشرعى — مسئولية الطبيب فى استعمال مركبات الزرنيخ فقسموا المخاطر التى يتعرض لها المرضى إلى الأقسام الآتية :—

١ — حوادث لا يمكن تلافيها ولا مسئولية على الطبيب فيها :

ا — «Crise Nitroïde» وهى تحدث دون أن تسبقها أعراض تسمح بتوقعها أو تشير بكيفية العمل على تلافيها .

ب — الانفجار المصلى «Apoplexie Sereuse» وهو يحصل للمريض عادة بعد يومين أو ثلاثة ولا يمكن توقعه أيضا .

جـ — التهاب الجلد المصحوب بالتقشر «Erythrodermie Exfoliante» ويمكن أن يبدأ بتقيح يظهر بمجرد الانتهاء من العلاج ؛ وحتى إذا ظهر التقيح أثناء العلاج فإن إيقافه فوراً لا يسمح دائما بتلافى الالتهاب فى الجلد .

---

(١) النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٥٥؛؛

د — فقر دم يرجع الى إصابة المريض بنزيف وإلى عدم انتظـام نخاعه العظمى ونقص فى الـكرات البيضاء «Anemie aplastique hemorragique et agranulocytose»

٢ — أحوال يدق الحكم فيها على سلوك الطبيب :

إنه من المستحيل أن توضع قاعدة واحدة لمـا يجب أن يسلـكه الطبيب إذا ارتفعت حرارة المريض أو أصيب بصداع أو دوار أو إسهال ، فالأمر يتوقف على خطورة هذه الأعراض وما تتطلبه الحالة من سرعة استعمال مركبات الزرنيخ ؛ وقد يستطيع الطبيب أن يوفق بين هذين الاعتبارين بإعطاء المريض فترة من الراحة أو بإطالة الفترة بين الحقن أو تخفيض الجرع ، ولـكن لا شك أن هذه المضاعفات تفرض على الطبيب عناية أكبر وحرصا أشد ، فتحتم عليه أن يتتبع تطورات الحالة حتى يستطيع أن يوقف العـلاج فورا إن رأى أن فى استمراره خطرا على حياة المريض .

وإصابة المريض باليرقان أو بالزلال تضع مشكلة دقيقة أمام الخبير ، ولـكنه يستطيع أن يعتبر الطبيب مخطئا إذا استمر فى العلاج على الرغم من ظهور الزلال أو اليرقان .

٣ — المضاعفات التى يمكن تلافيها :

قد يتعرض المريض لبعض المخاطر نتيجة أغلاط فنية لا نزاع فيهـا كما إذا حقن المريض خارج الوريد . ولـكن لا يلام الطبيب على مجرد تسرب بعض النقط الى الأنسجة الخلوية لأن ذلك قد يحدث لأكثر الأطباء كفاءة وأوفرهم تجربة .

ولا يغتفر للطبيب أن يمد فى العلاج حتى يصاب المريض بالتهاب فى الأعصاب نتيجة تجرعه كميات كبيرة من الزرنيخ إذ يتحتم على الطبيب على الأقل أن يوقف العلاج إذ فقد المريض حساسية أصابعه أو ظهرت عليه أعراض ارتخاء أو تنميل أو شعر بآلام ...

٤ — الأعراض المانعة من استعمال الزرنيخ :

يتحتم على الطبيب أن يوقف العلاج بالزرنيخ اذا ظهرت على المريض أعراض تنذر بإصابته بالتهاب فى الأعصاب أو بدت عليه بثور وتقيحات قرمزية أو التهاب وتقشر فى الجلد أو إذا أصيب بضعف سريع مضطرد .

٥ — الأعراض التى لا تشير بوجوب قطع العلاج :

إذا شعر المريض بتغير فى طعم فمه أثناء حقن الطبيب له أو أصيب باحمرار فى جلده فى اليوم التاسع تقريباً فليس معنى ذلك أنه أصبح فى حالة لا يتحمل معها الاستمرار فى العلاج ولا يعتبر الطبيب مخطئاً إن هو استمر فى العلاج حتى النهاية .

هذه قواعد صريحة لا تجوز مخالفتها بل ولا يجوز للطبيب أن يشير باستعمال الزرنيخ إلا بعد فحص شامل لحالة المريض وبحث دقيق لسوابقه المرضية وآثار الوراثة ، وقبل إجراء كل حقنة لا بد من تحليل البول وتتبع تأثير الحقنة السابقة على المريض ومدى احتماله لها وبغير ذلك يعرض الطبيب نفسه للمسئولية[١] ، وإذا كان الأمر كذلك فإنه لمن الرعونة أن يعهد الطبيب بحقن المريض بالزرنيخ إلى مساعد لا يحمل شهادة الطب ومن ثم عاجز عن فحص المريض والتأكد من قوة احتماله للزرنيخ .

ثالثاً — الحقن بالامصال :

ولقد استطرد دونديودى فابر وزميلاه[٢] فى تقريرهم سالف الذكر وبينوا المضاعفات التى قد تنجم عن الحقن بالأمصال وقالوا إنه من الوجهة الطبية الشرعية تجب التفرقة بين الحالات الآتية .

---

(١) سين ١٠/١/١٩٢٠ جازيت باليه ١٩٢٠—١—٣٥٩ .

(٢) النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٥٧ .

١ — المضاعفات الناشئة عن الاستهداف الذاتي :

قد تكون للمريض حساسية خاصة تجعله أكثر استهدافاً لمضاعفات المصل وهذه الحساسية قد تكون عامة فتصحبها الوفاة أحياناً وقد تكون محلية فتنشأ عنها قروح أو تقيحات متغنغرة .

ولما كانت هذه الحساسية قد تتولد من سبق حقن المريض بالمصل فإن الطبيب يعتبر مسئولا إذا أهمل التحرى عن سبق حقن المريض بالمصل أو لم يتبع طريقة « Besredka » .

٢ — المضاعفات المتأخرة التافهة :

لايسأل الطبيب عما قد يصيب المريض من إحمرار فى الجلد أو ألم فى المفاصل أو ارتفاع فى درجة الحرارة فتلك مضاعفات كثيراً ما تحصل دون أن ترجع لخطأ ما يمكن أن ينسب للطبيب .

٣ — الالتهاب العصبي :

وكثيراً ما يتطور فيهدد المريض بالخطر وهو يحصل غالباً بعد الحقن بمصل التيتانوس .

رابعاً — استعمال البنج :

إذا كان استعمال البنج يتضمن أحياناً بعض الأخطار على حياة المريض فليس معنى هذا كما قررت محكمة استئناف أميان أن استعماله يجب أن يكون قاصراً على الأحوال التى يكون فيها الداء مهدداً حياة المريض [1]، إذ القول بذلك ينتهى

---

(١) أميان ١٤ فبرايرسنة ١٩٠٦ سيرى ١٩٠٩ـ٢ـ٢٢٥ وتعليق بيرو ، نيجر ١١١ بلانش روديه ١٣٥و١٣٦ ، برو ١٥٧ .
قارن شاتوتييرى ١٩٠٥/٦/٧ سيرى ١٩٠٩ـ٢ـ٢٢٥ ، ومرسيليا ١٩٢١/٤/٢٦ جازيت باليه ١٩٣١ — ٢ — ١٦٢ .

إما إلى مضاعفة العمليات الطويلة المؤلمة و إما إلى تأبيد العاهات التى لا تضع حياة المريض فى خطر و إن كان من الممكن علاجها .

والواقع أن أخطار البنج فى الأحوال العادية من الندرة بحيث لا تبرر استبعاده ، ولا شك أن تخدير المريض يقلل من الأخطار التى يتعرض لها لو أجريت له العملية وهو فى وعيه حيث يتحمل من الآلام المبرحة ما قد يصاب معه بصدمة عصبية تذهب بحياته[1] .

واختيار نوع البنج وطريقته أمر يقدره الطبيب بحسب ظروف المريض وما تتطلبه حالته وهو ما قررته[2] محكمة مصر فى قضية تلخص ظروفها فى أن مريضاً أجريت له عملية جراحية انتهت بفقد بصره بسبب حركة عصبية بدرت منه أثناء إجراء العملية . أخذ على الطبيب أنه لم يخدر المجنى عليه تخديراً عاماً واكتفى بتخديره موضعياً مع أن التخدير العام كان كفيلا بألا تبدر من المريض تلك الحركة التى أدت إلى فشل العملية . فقررت المحكمة أن اختيار طريقة التخدير من المسائل الفنية البحتة التى يرجع الأمر فيها لرأى الطبيب المعالج وتقديره بحسب ما يتفق مع حالة المريض ونوع العملية . ولما كان الطبيب الشرعى قد قرر أن القاعدة فى عمليات العيون أن تعمل للبالغين بالتخدير الموضعى إذ هى لا تستغرق أكثر من برهة وجيزة وأن الكلوروفورم لا يخلو إعطاؤه من خطر على المريض لذلك انتهت المحكمة إلى إعفاء الطبيب من المسئولية[3] .

---

(١) أميان ١٤ فبراير سنة ١٩٠٦ سيرى ١٩٠٩–٢–٢٢٥ .

(٢) دونديودى فابر النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٥٣ و ٤٥٤ ، مازات ص ١٨٢ ، بلانش روديه ص ١٣٦ ، أميان ١٤ فبراير سنة ١٩٠٦ سيرى ١٩٠٩–٢–٢٢٥ . وقارن مع ذلك الحكم الابتدائى الصادر من محكمة شاتوتيرى فى ١٩٠٥/٦/٧ والمنشور فى نفس الموضع فلقد تعرضت المحكمة فى حكمها لمسألة لم يكن من شأنها الفصل فيها لأنها محل خلاف بين التعاليم الطبية وهى مناسبة أعطاء الكلوروفورم لشخص مدمن للخمور ومدى ما يتعرض له من أخطار من جراء ذلك . راجع أيضاً – دويه ١٦ مايو سنة ١٩٣٦ فى دالوز الأسبوعى ١٩٣٦–٤٣٥ وقارن الحكم الابتدائى الصادر فى نفس القضية والمنشور فى نفس الموضع من محكمة بيتوم فى ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ .

(٣) مصر الابتدائية فى سنة ١٩٣٩ حقوق سنة ٥٤ ص ٧٨و٩٤و١٨٠ .

خامساً — التدخل الجراحي :

لا شك أن التدخل الجراحي يعرض المريض لأخطار لا يستهان بها ومن أجل ذلك يتحتم على الطبيب أن يفحص حالته ليتبين مدى احتماله للعملية المراد إجراءها وهو مسئول عن القرار الذي يتخذه نتيجة لهذا الفحص(١) لكنه لا يسأل بعد ذلك عن المضاعفات التي تنشأ عن العملية طالما أنه التزم من جانبه كل الاحتياطات(٢) الممكنة .

---

(١) ريوم ١٩٢٩/٢/٩ جازيت باليه ١٩٢٩ــ١ــ٦٤٩ ، هافر ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ دالوز ١٨٩١ــ٢ــ٢٨١ هامش ١ وجازيت باليه ٨٩ــ٢ــ٦٨٠ ، وسافاتييه ج ٢ بند ٧٩٤ ص ٤١٢ .

وراجع دونديودى فابر النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٤٢ وهو يشير إلى أن حالة الضرورة قد تبرر إجراء عملية إجهاض يرى الطبيب أنها لازمة لإنقاذ حياة امرأة يعرضها الحمل لأخطار جدية .

(٢) محكمة الاسكندرية الابتدائية في ١٩٣٩/٧/٨ في القضية رقم ٢٢٦ كلي سنة ١٩٣٨ وتلخص ظروفها في أن الدكتور جواد حمادة الجراح بالمستشفى الأميري أجرى لميلاد رنلة حنا أربعة عمليات ترقيع عظام انتهت ببتر ساعده وساقه فرفع عليه دعوى يطالبه فيها بالتعويض هو ووزارة الصحة ، ولقد أخذ عليه أنه بعد أن تكشفت له حالة تركيبه الجسماني ولين عظامه وقابليتها للكسر وأنه بعد تكرار حصول الفشل في النتيجة عدة مرات أجرى له عملية ترقيع في سنة ١٩٣٦ كان مآلها حتماً إلى الفشل مما ينطوي على خطأ فاحش موجب لمسئوليته ؟ ولقد انتدبت المحكمة كبير الأطباء الشرعيين للاستفادة برأيه نقرر أن الطبيب اتبع في العلاج كل الوسائل الممكنة وأن طريقة العلاج التي باشرها تتفق والأصول الفنية وأن سبب عدم نجاحها يرجع إلى حالة المصاب العامة .

وقد أخذت المحكمة برأى كبير الأطباء الشرعيين مقررة أنه لا مسئولية على الطبيب طالما أن العملية التي أجراها ، لها أساس علمي ثابت ، ولم يثبت أنه ارتكب خطأ جسيماً في أجرائها خاصة وأن عدم نجاح العملية يرجع إلى حالة المريض العامة ومخالفته أوامر الطبيب إذ لا شك أن المريض يجب عليه إطاعة الطبيب واتباع أوامره وإلا تحمل وحده تبعة المضاعفات التي تحصل له .

وعيب هذا الحكم في نظرنا أنه لم يتعرض لبحث النقطة الجوهرية في الموضوع وهي أنه إذا كان فشل العملية قد نشأ عن حالة المريض العامة فإن حالة المريض لم تكن مجهولة للطبيب الذي أجرى له عدة عمليات ترقيع سابقة كان مآلها جميعاً إلى الفشل بسبب حالة المريض وتركيبه الجسماني من لين العظام وقابليتها للكسر ، فهل لم يكن على الطبيب في مثل هذه الظروف أن يقدر أن العملية الأخيرة ما كان لها من نتيجة ترجى بالنظر إلى حالة المريض وأنه لم يكن ثمة داع لإجرائها . هذا =

سادساً — العلاج بالأشعة :

وإذا كان للجراحة مخاطرها فإن مشرط الجراح لا يحمل تلك القوة الذاتية الهائلة التي للأشعة وهي قوة إن كان العلم قد يسر للانسان استخدامها فهو لم يصل بعد إلى إخضاعها لسيطرته حتى يكون استعمالها غير محفوف بالأخطار ، لذلك يجب أن يكون العلاج بالأشعة مما تقتضيه حالة المريض الصحية حتى لا يتعرض لمخاطر لا مبرر لها[١] .

هذه أمثلة لبعض الوسائل العلاجية[٢] ومنها يبين مدى الصعوبات التي تعترض الطبيب في اختيار العلاج وكيف أن ظروف الحال يجب أن يكون لها الشأن الأول في تقديره ؛ لا غرو إذن إن كان الحكم على مسلك الطبيب بمعيار عادي كثيراً ما يكون شاقاً ، لذلك فإنه يؤخذ غالباً بالتقدير الشخصي للمريض ذاته[٣] فهو الذي يتحمل وطأة المرض وهو الذي يسعى إلى الفائدة التي قد تجيء من وراء العلاج ، لذلك فان رضاءه يبرر بوجه عام تصرف الطبيب . ولكن هذا المعيار الشخصي لا يمكن الأخذ به إلا إذا دقت الموازنة بين أخطار العلاج وأخطار المرض فإن رجحت كفة أخطار العلاج بشكل واضح فلا مناص من قيام مسئولية الطبيب ولو كان المريض قد قبل العلاج .

ويجب أن يكون تدخل الطبيب منصرفاً إلى العلاج لا إلى غاية أخرى[٤] .

= في نظرنا ما كان على المحكمة أن تبحثه من الناحية الطبية حتى يكون حكمها بعيداً عن كل مطعن فإنه لا يكفي أن يكون للعملية أساس صحيح من العلم بل يجب أن يكون أجراؤها يتفق مع مصلحة المريض .

(١) باريس ١٩١٣/١/٢٢ سيري ١٨–٢–٩٧ ودالوز ١٩–٢–٧٣ ، نيس ٢٣ يونيو سنة ١٩٠٥ سيري ١٩٠٩–٢–٣٢١ ، واكس ٢٢–١٠–١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧–٢–٤١ ، برو ص١٦٥ ، فارن سين ١٩٠١/١/٥ القانون ١٩٠١/١/١٤ وتعليق ميرينياك في دالوز ١٩٠٧–٢–٤١ .

(٢) راجع دوند يودي فابر النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص٤٤٦ ؛ في عمليات الترقيع ونقل الدم والتلقيح الصناعي .

(٣) سافاتييه جـ٢ بند ٧٨٦ وبيتل ص١٣٤ .

(٤) على بدوي ص٤٠٥ ، جندي عبدالملك جـ٥ ص٨٣١ رقم ٣٠٤ ، جارسون م٣٠٩ =

ومعنى ذلك أن يكون غرضه مما يقوم به من أعمال المهنة سواء أكان تقرير دواء أم استعمال أشعة أم إجراء عملية جراحية ، الوصول إلى شفاء المريض من مرضه ، فإن كان تدخله منصرفاً إلى غرض آخر فقد خرج الطبيب عن وظائف مهنته وزالت صفته وتوافرت فى فعله عناصر المسئولية وفق المبادىء العامة وتبعاً لما يفضى إليه تدخله من نتائج فى جسم المريض أو حياته ولو كان برضاه أو برجائه[1] .

= بند ٨٢، جارو ج ٥ بند ١٩٨٥، لاكاس بند ١٥٧، جرافن ص ١٥٨ ، ليون ٣/١/١٩٣٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ — ١٢٧ ، أرجانتان ٢ مارس سنة ١٩٠٤ القانون ٢١ مايو سنة ١٩٠٤، وقد اعتبرت طبيب الأسنان مسئولا عن خلعه ضرس مريض دون أن تدعو إلى ذلك ضرورة صحية بل لمجرد تحقيق . الربح واعتبرت مسئولية الطبيب فى هذه الحالة مؤسسة على نظرية إساءة استعمال الحق إذ يجب أن يكون رائد الطبيب دائماً إجراء ما هو فى مصلحة المريض. نقض ١٦ ابريل سنة ١٩٢١ سيرى ١٩٢٣ — ١ — ١٤٢ ودالوز ١٩٢١ — ١ — ١٨٤، جنايات الأسكندرية ٢٥/٢/١٩٤١ فى القضية رقم ٢٣٤٠ مركز العطارين سنة ١٩٣٨ .

ويقول الدكتور أحمد محمد ابراهيم فى تحليله لحكم الشريعة الاسلامية فى هذه المسألة أنه قد يبدو أن هذا الشرط غير لازم وفقاً لرأى جمهور الفقهاء لأنهم قد جعلوا أساس إعفاء الطبيب من المسئولية رضاء المريض . ولكنا إذا أمعنا النظر فى بحث العلاقة بين الطبيب والمريض وجدنا أن هذا الشرط لا بد من توافره لأن الصلة بين الطبيب والمريض صلة عقدية يحكمها العقد الذى تم بينهما والمريض إنما يطلب من الطبيب أن يتولى علاجه ويترك له اختيار طريقة العلاج ، فاذا تجاوز هذا الغرض فإنه يعد مسئولا عن أعماله لخروجه عن حدود العقد .

ومع ذلك فانه يجب أن نلاحظ أنه وفقاً لرأى الجمهور لا يسأل الطبيب ولو لم يقصد العلاج ما دام المريض قابلا ذلك. (راجع مقال الدكتور أحمد محمد ابراهيم فى مجلة الأزهر المجلد ١٩ سنة ١٣٦٧ ص ٨١٧ ؛؛ فى مسئولية الأطباء فى الشريعة الاسلامية وفى القانون المقارن أنظر ص ٨٢١) .

ويشير الشيخ محمد النجار (فى مقاله حول مسئولية الأطباء بمجلة الأزهر المجلد ٢٠ ص ٥٣) إلى رأى آخر فى الفقه يرى مؤاخذة الطبيب مع قيام الاذن لأن الاذن وقع على شىء محرم فكان على المأذون أن يرتدع عنه ولا ينساق مع الاذن .

ويعقب الشيخ عبدالعزيز المراغى (مسئولية الأطباء مجلة الأزهر المجلد ٢٠ ص ٢١٣، ٢١٤) على ما استخلصه الدكتور أحمد محمد ابراهيم من أحكام الفقه بأن الاذن وحده وإن أسقط القصاص للشبهة إلا أنه لا ينفى وجوب الدية فعدم المسئولية منوط بالاذن إذا كان العمل معتاداً ولم يجاوز الرسم ، هذا فضلا عن أن يكون تدخل الطبيب مقصوداً به علاج المريض . جاء فى شرح الطحاوى ما نصه: « قال لآخر اقطع يدى ، فإن كان لعلاج كما إذا وقعت فى يده أكلة فلا بأس به وإن كان من غير علاج لا يحل » .

(١) لاكاس بند ١٥٨ ، جارسون م ٣٠٩ بند ٦٩ و ٨٢ وم ٢٩٥ بند ٢٢٨ ؛؛ و ٢٣٥ ، لالو بند ٥٢٨ ، على بدوى ص ٤٠٥ .

وعلى هذا الأساس لا يسلم الفقه والقضاء بمشروعية تقصير أيام إنسان ميئوس من حياته لمجرد إنقاذه من آلام مهما كانت[١] مبرحة فليس من حق الطبيب أن يفرض حكمه على القدر ويعرض نفسه من حيث لا يشعر إلى ارتكاب جريمة قتل ببتر حياة مريض لا معنى لليأس من شفائه طالما أن عروقه تنبض بالحياة .

وعلى ذلك أيضاً يعتبر الطبيب مخطئاً إذا عطل عضواً من أعضاء شخص ليساعده على التخلص من الخدمة العسكرية أو لاعانته على منع النسل[٢] فى المستقبل دون أن يدعو إلى هذا الاجراء ضرورة صحية . وقد اتفق كبار الفقهاء فى فرنسا على أن الطبيب الذى يقوم بعملية جراحية لأمرأة يستأصل بها مبيض التناسل بناء على طلبها و بغير أن تستلزم حالتها الصحية شيئاً من ذلك يكون مستحقاً للعقاب على الجريمة العمدية[٣] .

والمبدآن اللذان قررناهما من حيث وجوب أن تكون جهود الطبيب موجهة نحو شفاء المريض وأن تكون وسائله فى العلاج لا تنطوى على مخاطر تبررها حالته ، على ما قد يثيرانه من صعوبات فى التطبيق لهما ميزة وضع أساس عام شامل

---

(١) دنديودى فابر النشرة الطبية الشرعية ١٩٣١ المسئولية الطبية ص ٤٢٦ ، مازات ص ١١٩ و ١٢٠ ، على بدوي ص ٤٠٥ ، نيحر ص ٩٩ ، رودبه ص ١٠٥ و ١٠٦ ، مانش ص ١٧١ ؛؛ جارسون فى التعليق على المادة ٢٩٥ ص ٦٧٣ رقم ٣٧٠ ؛ وليس معنى هذا بطبيعة الحال أن يمتنع على الطبيب أن يعطى المريض بعض العقاقير المسكنة حتى لا يتركه يتلظى فى آلام المرض وإن كان من شأن هذه العقاقير أن تقصر من أيام حيـاته . دى سامبر فى مانش ص ١٧٦ .

(٢) جارسون م ٣٠٩ بند ٨٢ ، جارو جـ ٥ بند ١٩٨٥ هامش ٣١ ؛ جندى عبدالملك جـ ٥ ص ٨٣٣ رقم ٣٤٠ ، على بدوى ٤٠٥ ، سافاتيه بند ٧٨٦ ، دونديودى فابر النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٣٨ . وقارن على العكس مشروعية التلقيح الصنـاعى دونديودى فابر نفس المرجع ص ٤٤٧ .

(٣) على بدوى ٤٠٥ ، جارسون م ٣٠٩ بند ٨٢ ، جارو جـ ٥ بند ١٩٨٥ .

ولقد اقترح البعض إجازة تعقيم المجرمين كوسيلة لمحاربة الاجرام واتبعت هذه الوسيلة فعلا فى ألمانيا بمقتضى قانون صدر فى سنة ١٩٣٢ أجاز تعقيم المجرمين من غـير الجنس الآرى كما اتبعتها بعض الولايات فى الولايات المتحدة وسويسرا . راجع فى ذلك لاكاس بند ١٥٨ والمراجع المشار إليها فى هامش ٢١ ص ١٢٣ .

لمسئولية الطبيب فى اختيار العلاج وهو أساس تظهر أهميته وخطورته بنوع خاص فى التجارب الطبية وجراحة التجميل .

التجارب الطبية

لا نقصد بالتجارب الطبية تلك التى يلجأ إليها الأطبـــاء إذا ما اصطدموا بحالة تحتار فى علاجها الأصول العلمية الثابتة ، فقد أشرنا الى أن الطبيب يتمتع فى هذه الحالة بحرية واسعة ، فيكون من حقه أن يجرب علاجاً جديداً قد يكون فيه الأمل الأخير لإنقاذ المريض ، ولا مسئولية عليه طالما أن جهوده كانت خالصة لمصلحة المريض[1] إذ القول بغير ذلك يهدد بالجمود المهنة الطبية و يقضى على روح الابتكار لدى الأطباء .

و إنما نحن نقصد بالتجارب الطبية تلك التجارب العلمية أو الفنية التى تعمل دون ضرورة تمليها من حالة المريض ذاته بغرض إشباع شهوة علمية أو حتى لخدمة

---

(١) ساهو ص٩٥ ، مازان ص ١١٥ و ١١٦ ، ماكس سيمون فى الواجبات الطبية Déontologie ص٤٢، تعليق ديبوا على سين١٦/٥/١٩٣٥فى دالوز سنة١٩٣٦ــ٢ــ١٢، تعليق لالو على ليون ٢٧/٦/١٩١٣ فى دالوز ١٩١٤ــ٢ــ٧٣ ، تعليق بيرو فى سيرى ١٩٠٢ــ٢ــ٣٢٢ § ٣ ، تعليق بيرو على باريس ٢٢/١/١٩١٣ سيرى ١٩١٩ــ٢ــ٩٧، ليون دنيس فى دالوز ١٩١٩ــ٢ــ٧٣ ، سوردا طبعة ٥ جـ١ بند ٦٧٧ ، بيرو فى التعليق على أكس ٢٢/١٠/١٩٠٦ سيرى ١٦٠٩ــ٢ــ٢٣١ ، دونديودى فابر النشرة الطبية الشرعية ١٩٣١ ص ٤٤٠؟؟ ديفلو ص١٢١و١٢٢، نيجر ص ٨٨ ، بيتل ص١٣٨ ، لاكاس بند ١٦٠ ، بلانش روديه ص ١٠٠ و ١٠١ ، جاردنا وريتشى فى المسئولية المدنية ص ٣١٢ رقم ١٩٢ ، ساناتييه جـ٢ بند ٧٩٣ ص٤١١، الجزائر فى ٩/١١/١٨٩٧ سيرى ١٩٠٩ــ٢ــ٣٢١ ، ليون ١٥/١٢/١٨٥٩ سيرى ١٩٠٩ــ٢ــ٣٢١، سين ٥/١/٩٠١ بانديكت ١٩٠٢ــ٢ــ٢١٦ ، نانت ٢٠/١/١٩٢٥ جازيت بالية ١٩٢٥ــ١ــ٥٥٣ .

والشريعة الغراء تبيح للأطباء الاجتهاد فى علاج الأمراض فلا يسأل الطبيب لو خالف بعض آراء زملائه متى كان رأيه يقوم على أساس سليم ، وهذا الحــكم واضح مما ورد فى كتاب معين الحــكام ص١٩٨ وحاشية الطهطاوي جـ٤ ص٢٧٦حيث قيل بعدم ضمان الجراح إذا قام بجراحة لفتاة سقطت من السطح رغم قول بعض الجراحين بأن إجراء العملية يسبب موتها وقد قيد عدم الضمان فى هذه الحالة بأن يكون الشق معتاداً غير فاحش أو خارج عن الرسم أى عن القواعد الفنية المرسومة للشق .

علم الطب أو لخدمة الانسانية المعذبة كما يقولون أحياناً .

لا شك أن هذا النوع من التجارب يكون خطأ يوجب مسئولية الطبيب متى أحدث ضرراً بإنسان [1] فمهما سمت الغاية المنشودة من مثل هذه التجارب فإنه لا يجوز تضحية صحة شخص أو حياته لبلوغ اكتشاف قد ينفع غيره من بعده [2] .

(١) ليون ١٥/١٢/١٨٥٩ دالوز ١٨٥٩–٣–٨٧ وسيرى ١٩٠٩–٢–٣٢١ ، جراى ٢٩/٧/١٨٧٣ سيرى ١٨٧٤–٢–٥٨ ودالوز ١٨٧٤–٥–٤٣٦ ، اكس ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٠٦ سيرى ١٩٠٩–٢–٣٢١ وتعليق بيرو فى دالوز ١٩٠٧–٢–٤١ ، سين ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ دالوز ١٩٣٦–٢–٩ ، باريس ١١ مايو سنة ١٩٣٧ سيرى سنة ١٩٣٨–٢–٧١ ودالوز الأسبوعى ١٩٣٧–٣٤٠ ، ليون٢٧/٦/١٩١٣ وتعليق لالو فى دالوز ١٩١٤–٢–٧٣ ، جنايات الأسكندرية ٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ فى القضية رقم ٢٣٤٠ مركز العطارين سنة ١٩٣٨ ورقم ٧٢٩ سنة ٢٩٣٨ كلى ، وقد قررت هذا المبدأ ضمنا وإن لم يكن محل بحث فى القضية ، دالوز ريبرتوار ملحق ١٠ طب رقم ٦٥ ، بلانش رودييه ص١٠١؟؟ جرافن ص١٥٨ ، ساهو ص ٩٢؟؟ ديفلو ١٢١ ، نيجر ٨٩ ، ديسلير ص٩٤ ، لاكاس بند ١٦١ ، دونديودى ذابر النشرة الطبية الشرعية ص٤٤٠؟؟ ديمولومب ج٣١ بند ٥٤٧ ص ٤٧٨ ، نالك المجلة الانتقادية ١٩٣٧ ص٦٣٢ ، هنرى ديبوا فى دالوز ١٩٣٦–٢–١١ تعليقاً على سين ١٦/٥/١٩٣٥، جندى عبد الملك ج٥ ٨٣٣ رقم ٣٤٠، بيرو تعليقاً على باريس ٢٢ يناير سنة ١٩١٣ سيرى ١٩١٩–٢–٩٧ ، ريبير فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٧ ص٢٠٠، مازان ص١١٥؟؟ بيتل ص١٣٨، لوران ج٢٠ بند ٥١٨ ، جاردنا وريتشي ص٣١٤ بند ٢٠٦، جانلوفى دالوز ١٩٣١–٢–١٤١، ديموج المجلة الفصلية سنة ١٩٣٥ ص٦٤١؟ وفى كتابه فى الالتزامات ج٢ بند ٨٠٣ و ج٦ بند ١٨٠ ص١٨٦ ، على بدوى ص٤٠٥؟؟ جارسون م٣٠٩ بند ٨٣ ، جارو ج٥ بند ١٩٨٥ وهامش ٣٢ ، أحمد أمين ص ٣٨٨ ، سافاتييه ج٢ بند ٧٨٧ ص ٤٠٥ .

قارن تعليق ميرينياك على اكس ٢٢/١٠/١٩٠٦ فى دالوز ١٩٠٧–٢–٤١ .

والمقصود بالضرر هنا أن يكون فى فعل الطبيب ثمة مساس بجسم الإنسان ، ولا عبرة بنتيجة تدخله ، لأن الطبيب بخروجه عن الغايات التى من أجلها أبيحت له مزاولة المهنة ، يكون قد خرج عن حدود هذه الاباحة وأسقط عن نفسه الحماية التى يسبغها القانون على فعله . دالوز ريبرتوار ملحق ١٠ — طب رقم ٦٥ وقارن ما جاء عرضا فى حيثيات حكم باريس فى ٢٢/١/١٩١٣ (سيرى ١٩١٨–٢–٩٧) .

(١) ولقد حصل البحث فيما إذا كان من الجائز إجراء مثل هـذه التجارب على المجرمين المحكوم عليهم بالاعدام خدمة للعلم ولـكن الواقع أن نفس الاعتبارات التى توجب مسئولية الطبيب عن إجراء مثل هذه التجارب بوجه عام توجبها أيضا بالنسبة لاجرائها على المجرمين إذ لا معنى لإهدار دم المحكوم عليه بالإعدام قبل تنفيذ الحكم عليه ، والقول بغير ذلك معناه توقيع عقوبة أخرى على المجرم قبل إعدامه (راجع مانش ص ٤٣) .

وليس بذى شأن أن يكون الطبيب أو الجراح قد راعى فى عمله كل الأصول العلمية والفنية لأن مجرد الإقدام عليه يكون الخطأ .

ولقد ثار البحث فيما إذا كان رضاء المريض يطهر عمل الطبيب ويعفيه من المسئولية ،فذهب البعض إلى أنه إذا كان الأصل وجوب أن تكون جهود الطبيب موجهة إلى شفاء المريض فليس ذلك الشرط ضرورياً إذا ما ارتضى المريض أن يكون محلا لبعض التجارب وهو على بينة مما تعرضه له من أخطار[1] .

وفى رأينا أن قبول الشخص الذى أجريت عليه التجارب لا يعفى الطبيب من المسئولية إذا هو رجع عليه ليطالبه بالتعويض عما لحقه من ضرر[2] .

ولتأكيد ذلك يكفينا أن نعيد إلى الذاكرة بعض مبادىء القانون الجنائى لما بين المسئوليتين الجنائية والمدنية من تلازم .

لا شك أن رضاء المجنى عليه لا يمنع بذاته من عقاب الجراح على جريمة

---

(١) جودبى شرح القانون الجنائى المصرى جـ ١ ص ١٧٣ فى الهامش ، وهو يدلل على ذلك بأن ختان البالغ الذى اعتنق الاسلام جائز متى قبل ذلك مع أنه ليس علاجا ، ولكن جوازه راجع فى الأصل لا إلى رضاء المجنى عليه بل إلى أنه أمر مشروع تقره الشريعة الاسلامية من جهة وتبيحه النصوص الوضعية من جهة أخرى .

راليبه ص ٨٦ ، مرافعة رو فى ليون ٨٥٩/١٢/١٥ مذكورة فى ديسلير ص ٩٥ ، مرينياك فى دالوز ١٩٠٧ــ٢ــ٤١ تعليقا على اكس ١٩٠٦/١٠/١٢ .

قرب ديموج فى المجلة الفصلية ١٩١٣ ص٤١٦ ، ومانش ص٤٣ . وحكم الشريعة الاسلامية حسبما استخلصه الدكتور احمد محمد ابراهيم فى مقاله السابق الاشارة إليه فى مجلة الأزهر المجلد ١٩ ص ٨٢١ ؛

(٢) ليون ١٨٥٩/١٢/١٥ سيرى ١٩٠٩ــ٢ــ٣٢١ ، جراى ١٨٧٣/٧/٢٩ سيرى ٧٤ــ٢ــ٥٨ ودالوز ٧٤ــ٥ــ٤٣٦ ، محكمة الاتحاد السويسرى ١٨٩٢/٦/١٠ سيرى ١٨٩٢ــ٤ــ٣٨ ، ليون ١٩١٣/٦/٢٧ دالوز ١٩١٤ــ٢ــ٧٣ وتعليق لالو ، سين ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ فى دالوز ١٩٣٦ــ٢ــ٩ وتعليق ديبوا ، ساهو ٩٤ ، مازو بند ١٤٩٣ ، ربير المجلة الانتقادية ١٩٠٨ــص ١٠٠ ، ميرنياك فى دالوز ١٩٠٧ــ٢ــ٤٢ ، جرافن ١٥٩ سافاتيه بند ٧٨٧ ، لالو طبعة ١٩٢٨ بند ١٣٢ ، دونديودى فابر النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٤٠ ، ليون دنيس فى التعليق على باريس ١٩١٣/١/٢٢ دالوز ١٩١٩ــ٢ــ٧٣ ديفلو ص ١٢١ و ٩٥ ، بيتل ص ١٣٨ و ١٣٩ ، جاردنا وريتشى ص ٣١٤ رقم ٢٠٦ ، ربير المجلة الانتقادية ١٩٠٨ ص ١٠٠ . قارن باريس ٤ مارس ١٨٩٨ سيرى ١٨٩٩ــ٢ــ٩٠ .

الجرح أو القتل عمداً طبقاً للمواد ٢٣٦ ؛؛ ٢٤٠ ؛؛ فليس الرضاء سبباً من أسباب الإباحة فى الجرائم التى تمس جسم الإنسان لأن سلامة جسم الإنسان من النظام العام وحمايتها أمر تقتضيه مصلحة المجتمع[1] ، فحتى يعفى الطبيب إذن من العقاب لابد أن تكون عدم مسئوليته راجعة إلى سبب خارج عن إرادة المريض وهذا السبب هو فى الواقع ترخيص الشارع له بمزاولة المهنة[2]. فالمهنة الطبية تتمتع بترخيص من القانون يطهر المساس بسلامة جسم الإنسان ويرفع عنه الصفة الإجرامية .

فإذا كان رضاء المريض شرطاً لعدم مسئولية الطبيب فليس هو الشرط الوحيد ، بل إن شرطاً آخر يجب توافره ولا يجوز لأصحاب المصلحة استبعاده لأنه مستمد من طبيعة المهنة الطبية والسبب فى وجودها ، فالطبيب أو الجراح يجب ألا يستغل علمه ومهارته إلا فى الأغراض التى يبيحها القانون والتى من أجلها رخص له بمزاولة

---

(١) فيدال ومانيول — شرح القانون الجنائى طبعة ٧ بند ٢٣٦ ، جاروطبعة٣ شرح قانون العقوبات ج ٢ بند ٤٥٩ ، جارسون مادة ٢٩٥رقم ٢٣٥ و٢٤١ ، ديبوا فى دالوز ١٩٣٦—٢—١١ ، دونديودى ذابر المجلة الطبية الشرعية سنة١٩٣١ المسئولية الطبية ص ٤١٩، جندى عبد الملك ج ١ ص ٥٣٨ رقم ١٣٣ وج ٥ ص ٨٣٥ رقم ٣٤٤ ، الدكتور السعيد وكامل مرسى ص ٤٢٣ و ٤٥٦ ، على بدوى ص ٤٠١ ؛؛ أحمد أمين ص ٣٨٧ .

قرب نقض ١٩٢٧/١١/١٦ مشار إليه فى دونديودى ذابر — المسئولية الطبيــة فى النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٢٧ . عكس نقض ١٨٩٧/٤/٢٤ القضاء سنة ٤ ص٢٩١، واستئناف اكس ١٩٣١/٧/١٦ دالوز ١٩٣٢—٢—٥ وسيرى ٣٧—١—٣٢١ ، وجودبى شرح القانون الجنائى المصرى ج ١ ص ١٧٣ ، وحكم الشريعة الإسلامية فى مقال الدكتور أحمد محمد ابراهيم — مسئولية الأطباء فى الشريعة الإسلامية وفى القانون المقارن بمجلة الأزهر مجلد ١٩ سنة ١٣٦٧ ص ٨٢٠ وبدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ .

(٢) فيدال ومانيول بند١٨٥ مكرر و٢٣٣، جارو المطول ج٥ بند ١٩٨٥ وهامش ٣٠، جارو ج ٢ بند ٦٠ ، جارسون م ٣٠٩ بند ٨٠ ، دونديودى ذابر النشرة الطبية الشرعية ١٩٣١ المسئولية الطبية ص ٤١٨ ، القللى المسئولية الجنائية ص ٢٥٤ ، الدكتور السعيد وكامل مرسى ص ٤٢٣ ، على بدوى ص ٤٠٣ ؛؛ جندى عبد الملك الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٧٨٤ رقم ٢١٥ والأحكام المشار إليها فيه وص ٢٣١ رقم ٣٣٩ وج ١ ص ٥٣٩ رقم ١٣٥ ، أحمد أمين ص ٣٩٢ ، نقض ٢٨ مارس سنة ١٩٣٨ فى ملحق مجلة القانون والإقتصاد سنة ٨ القسم الجنائى رقم ٩ ص ١١٩ ، نقض ١٩٣٢/١٠/٢٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٣٦٨ ص ٦٠٢ . وفى حكم الشريعة الاسلامية على مذهب مالك راجع مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢١ .

المهنة[١] .والقول بأنه يمكن الحد من مدى هذا الالتزام بالتراضى مـ ناه هدم قاعدة أساسية من قواعد الفن الطبى لأن جل الالتزامات المهنية ذات قوة إلزامية لما لها من مساس بحياة الأفراد وصحة أبدانهم فلا يملك ذوو المصلحة أن يحددوا مداها باتفاقهم [٢] .

فـكيف يتحدد إذن هذا الشرط الذى لا يغنى عنه رضاء المجنى عليه وما هو فيصل التفرقة بين ما هو مشروع وما هو غير مشروع من نشاط الطبيب ؟

الواقع أنه يجب الرجوع إلى نية الطبيب أو الجراح والأغراض التى قصد إليها من وراء تدخله فإذا كانت جهوده خالصة لمصلحة المريض فلا مسئولية عليه لأنه لم يحد عن حدود مهنته ولم يخرج عن الأغراض التى من أجلها أباح له الشارع المساس بجسم الإنسان . أما إذا كان غرضه إجراء تجربة علمية بقصد ملاحظة نتائجها والإفادة منها فلا شك أنه يكون مسئولا لأن المشرع إذ أعفى الأطباء من المسئولية عن جريمة الجرح عمداً أو الضرب المفضى إلى الموت قد راعى ما فى تدخلهم من فائدة للمريض نفسه ولم يقصد أن يبيح لهم أن يتخذوا من أجسام المرضى حقولا لأبحاثهم أو ميداناً لتجاربهم العلمية[٣]؛ولا يقدح من ذلك أن تـكون مصلحة المريض ذات اعتبار ثانوى فى تقديرهم[٤]، فسلامة جسم الإنسان لا يجوز المساس بها إلا لضرورة فائدته و بقدر يتناسب مع تلك الفائدة لا فرق فى ذلك بين ما إذا كان الطبيب متبرعاً أو مأجوراً[٥] .

---

(١) هنرى ديبوا فى دالوز ١٩٣٦ـ٢ـ١١ .

(٢) هنرى ديبوا فى الموضع السابق ، إسمان فى بلانيول بند ٥٢٦، ديموج جـ ٦ بند ١٨٠، مازو جـ ٢ بند ١٤٩٣، نقض ٢٩/١١/١٩٢٠ دالوز ١١٢٤ـ١ـ١٠٣ .

(٣) ربير — المجلة الانتقادية ١٩٠٨ ص ٢٠٠ . وهذا تطبيق لنظرية إساءة استعمال الحق لأن حق الطبيب محدد بالغرض من استعماله .

(٤) ليون ١٥/١٢/١٨٥٩ سيرى ١٩٠٩ـ٢ـ٣٢١ .

(٥) فوازينيه ص ١٣٩ فى الآخر ، سافاتييه جـ ٢ بند ٧٨٧ .

وقارن اكس ٢٢/١٠/١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧ـ٢ـ٤١ ، وقد مالت المحكمة إلى تخفيف المسئولية بالنظر إلى حالة الطبيب الذى لم يكن يجرى وراء مصلحة مادية وإنما كان مدفوعا بالرغبة فى البحث العلمى .

=

ففى جميع الأحوال التى لا يكون تدخل الطبيب فيها قد أوحت اليه الرغبة فى شفاء المريض أو التخفيف من آلامه فإن العقد بين الطبيب والمريض يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لعدم مشروعية السبب فى التزام الطبيب ومن ثم تسقط عنه الحماية التى تسبغها عليه مهنته ويكون مسئولا مسئولية تقصيرية لأنه متى كان العقد باطلا انعدم وجوده وبطل تأثيره على طبيعة المسئولية (١).

وقضاء المحاكم الفرنسية فى القضايا القليلة التى عرضت عليها من هذا النوع مستقر على أن الطبيب يعتبر مخطئا إذا باشر غرضا غير شفاء المريض فالتزامات الطبيب نحو العلم لا تسوغ له المساس بجسم الإنسان (٢).

أما فى ألمانيا فيرى بعض الفقهاء فى التجربة العلمية أمراً مشروعا يؤدى الى حفظ الصحة العامة وتقره الدولة فلا مسئولية فيما يترتب عليه (٣). وفى إيطاليا، اعتمادا على رضاء المجنى عليه، قرر القضاء ألا مسئولية على الطبيب فى عمليات الجراحة الخاصة

= عكس مرينياك فى دالوز ١٩٠٧–٢–٤١، الذى يرى أن التجارب الطبية سبب للتشديد لا للتخفيف.

(١) ليون ١٩١٣/٦/٢٧ دالوز ١٩١٤–٢–٧٣.

(٢) ليون ١٨٥٩/١٢/١٥ سيرى ١٩٠٩–٢–٣٢١.

وقد حكمت المحكمة على طبيبي مستشفى بتطبيق المادة ٣١١ من قانون العقوبات لأنهما أرادا أن يتعرفا مبلغ العدوى من مرض الزهرى العارض فأوصلا مجموعة من ميكروباته الى صبى فى المستشفى فأصيب به.

اكس ١٩٠٦/١٠/٢٢ دالوز ١٩٠٧–٢–٤١ وبازيكريزي البلجيكية ١٩٠٧–٤–٣٧، ليون ١٩١٣/٦/٢٧ دالوز ١٩١٤–٢–٧٣.

(٣) فون لست جـ ١ ص ٢٢٦، وهو يتوسع فى نظريته توسعاً شاملا أعمال غير الأطباء وأعمال الطب الحديث على أنواعها مما لا يتفق هو والمبادىء المعتمدة الآن فى فرنسا وفى مصر، فهو يعتبر من الأعمال المشروعة كل الوسائل الملائمة لتحقيق غاية تقرها الدولة ... ومنها إصابات الجسم التى يجريها الأطباء للوصول الى تشخيص المرض أو الى علاجه أو الى تجميل الجسم أو الى غاية علمية سواء أنجحت أم فشلت فى سيرها ما دامت متفقة مع قواعد الصحة وأصول الفن.

قارن جودبى — المرجع السابق — هامش ص ١٧٣ حيث يخالف رأى الفقه الفرنسى فى وجوب توفر غرض العلاج من المرض ويرى أن هذا الشرط غير ضرورى ما دام رضاء المصاب صحيحاً.

بتلقيح الغدد الجنسية وبتجديد الشباب على طريقة فورنوف [١]، وقد يكون هذا صحيحا اذا سلمنا بأن الشيخوخة مرض يبرر العلاج على هذه الطريقة .

جراحة التجميل

علمنا أن مهمة الطبيب الأولى ينبغى أن تنحصر فى شفاء المريض وتخفيف أوجاعه وأن خطورة العلاج يجب أن تتناسب مع خطورة المرض ذاته وأنه يجب على الطبيب ألا يجازف باستعمال علاج قد ينجم عنه الخطر أو بإجراء عمليه قد لا تؤمن مغبتها إلا إذا كانت حالة المريض تتطلبها لزاما .

ولكن تطورات الحياة العصرية — خاصة بعد الحرب العظمى — أوجدت نوعا جديدا من الجراحة [٢]، لا يقصد به شفاء علة من العلل بل إصلاح تشويه لا يؤذى صحة الأجسام فى شيء . فالناس ، وبالأخص النساء ، لا يرضون بما قسم الله لهم ، فالعجوز تريد أن تعود شابة والسمينة تريد أن تصبح هيفاء ممشوقة القوام وتود القصيرة لو طالت والطويلة لو قصرت والسمراء لو ابيضت والبيضاء لو لفحتها الشمس وهكذا .

وإذا كان أرباب المهن أبوا الا أن يجاروا الجمهور فى رغباته فإن مشرط الجراح لم يرض أن يبقى فى المؤخرة فأدلى بين الدلاء بدلوه وجاء بالمدهش والمعجز فهذه أنف كأنف ابن حرب أعادها مشرط الجراح دقيقة ممشوقة وهذه عيون ضيقة

---

(٢) وبجمل الوقائع أن طبيبا نزع بعض غدد من شاب برضاه مقابل مبلغ من المال ولقح بها عجوزا ، فقضى ببراءة الطبيب بناء على عدم حصول ضرر للشاب .

راجع مقالا فى هذا الموضوع للأستاذ سيمون البلجيكى فى المجلة البلجيكية لقانون العقوبات سنة ١٩٣٣ ص ٤٥٧ وهو يرى جواز ذلك ما لم يكن مخالفا لواجب اجتماعى على الشاب أو وسيلة لكسب المال كما هى الحال هنا .

(١) الواقع أن جراحة التجميل ليست حديثة العهد بالمعرفة فلقد كانت لها تطبيقات منذ القدم ولكنها أخذت بعد الحرب العظمى شكلا منظما بحيث أصبحت لها أصولها وتعاليمها (راجع فى تاريخ جراحة التجميل وتطورها ص ١٠٣ من رسالة ريجير « Riegert : La notion de préjudice esthétique » .

اتسعت وأخرى منتفخة انبسطت وهذا ثدى هابط ارتفع وذاك خد مرهدل استوى .

ولقد نشأ مع هذه الجراحة الجديدة بطبيعة الحال باب آخر لمسئوليات جديدة وأصبح من مهمة المحاكم أن تنظر فى مسئولية الطبيب الذى يجارى التطور ويعمل وفقاً لأهواء الحياة العصرية .

ولقد كان القضاء الفرنسى فى البداية ينظر إلى جراحة التجميل على أنها مجرد وسيلة لارضاء شهوة الدلال عند النساء ومن ثم كانت روحه ازاءها مشبعة لا بالشك والريبة فحسب بل بالسخط والكراهية أيضاً حتى أن محكمة استئناف باريس فى ١٩١٣/١/٢٢ [1] اعتبرت مجرد الإقدام على علاج لا يقصد به إلا تجميل من أجرى له خطأ فى ذاته يتحمل الطبيب بسببه كل الأضرار التى تنشأ عن العلاج ، وليس بذى شأن أن يكون العلاج قد أجرى طبقاً لقواعد العلم والفن الصحيحين؛ والذى حدث فى تلك الدعوى أن فتاة كانت تشكو من شعرات تنمو فى ذقنها فقصدت أحد الأطباء لينقذها من هذا البلاء الداهم فعالجها بالأشعة وزالت الشعرات ولكن تخلف عن العلاج مرض جلدى قبيح ؛ وقرر الخبراء أن الطبيب لم يقصر فى شىء وأنه اتبع الأوضاع والقواعد الفنية المقررة وسار بمنتهى الاحتياط والفطنة ولا يمكن أن ينسب إليه خطأ فنى ، ومع ذلك قضت المحكمة بأنه مسئول ، وبنت هذه المسئولية على أنه باشر علاجا خطرا من غير أن تضطره إلى ذلك حاجة إلى شفاء مرض بل لمجرد إزالة عيب طبيعى لا خطر منه على صحة الفتاة أو حياتها ، وأنه فى هذه الحالة لا فائدة العلم ولا مصلحة المريضة تبرر تعريضها ، إن لم يكن لخطر الموت فعلى الأقل لأن يصير العيب فيها عاهة حقيقية .

ولقد اضطرد القضاء الفرنسى فى هذا المعنى مؤيداً من محكمة النقض [2] ، إلى

---

(١) باريس ١٩١٣/١/٢٢ دالوز ١٩١٩-٢-٧٣ وتعليق دنيس.

(٢) نقض ١٩٢٠/١١/٢٩ سيرى ١٩٢١-١-١١٩ ، ليون ١٩١٣/٦/٢٧ جازت باليه ١٩١٣-٢-٥٠٦ ودالوز ١٩١٤-٢-٧٣ وتعليق لالو .

أن صدر حكم محكمة السين فى ١٩٢٩/٢/٥[١] فى قضية تلخص ظروفها فى أن الدكتور دوجاريه أجرى عملية جراحية لسيدة بقصد إصلاح شكل ساقها ، ولم يقع منه أى خطأ ولكن تسبب عن العملية غنغرينة انتهت ببتر الساق . والمحكمة مع تقديرها لكفاءة الدكتور دوجاريه وإقرارها بأنه عالج المجنى عليها من غير أجر قضت بأن مجرد إقدامه على إجراء عملية خطيرة على عضو سليم بقصد إصلاح شكله ودون أن تدعو إلى ذلك ضرورة لشفاء المجنى عليها من مرض أو لفائدة تعود على صحتها ، يعتبر فى حد ذاته خطأ يستوجب مسئوليته ، وأن هذا الخطأ يستفاد من القواعد العامة بغض النظر عن الاعتبارات الطبية ، وبغير حاجة للاستعانة بمعلومات أهل الفن إذ ليس بذى شأن أن يكون الطبيب قد ارتكب خطأ فنيا فى مباشرة العملية بل إن ثبوت عدم وقوع مثل هذا الخطأ ليؤكد خطورة العملية فى ذاتها وقد أدت إلى بتر ساق المريضة بعد أن عرضتها للموت رغم اتخاذ الاحتياطات واتباع قواعد الفن .

وقد أثار هذا الحكم احتجاجا شديداً فى الأوساط الطبية وعلى صفحات الجرائد[٢] لأنه يقضى قضاء مبرما على جراحة التجميل رغم ما تسديه للانسانية من جليل الخدمات .

---

(١) سين ١٩٢٩/٢/٢٥ جازيت باليه ١٩٢٩—١—٤٢٤ وتعليق بير فى سيرى ١٩٣١—٢—١٢٩ وهو ينتقد الحكم ، وتعليق جان لو فى دالوز ١٩٣١—٢—١٤١ .

(٢) من ذلك ما قرره الدكتور Frumusan : «Dans la thérapeutique esthétique qu'elle soit médicale ou chirurgicale la responsabilité s'aggrave. Le médecin ne devient pas seulement responsable s'il échoue; selon la jurisprudence à laquelle nous faisons allusion il a même tort d'agir. Répondre à l'appel d'une détresse par difformité physique, tenter de redresser une injustice de la nature qui souvent a des conséquences pires que la maladie la plus grave, c'est commettre un délit. La Société par la voie de ses juges vous désarme. Désormais on est irremédiablement condamné à vivre avec ses tares, on est marqué pour la vie. On doit enregistrer les progrés de la science sans espoir d'en bénéficier; car de l'avis des magistrats on peut vivre avec ses difformités parce qu'elles ne mettent pas la vie en danger. =

لذلك فإن نقابة الجراحين — لما استأنف الدكتور دوجاريه الحكم تدخلت في الدعوى وطلبت الغاء الحكم المستأنف بدعوى أن الجراح لا يرتكب أى خطأ إذا قرر إجراء عملية فى ظروف تجيز إجراءها من الناحية الفنية .

والمحكمة[1] بعد أن رفضت تدخل النقابة فى الدعوى أيدت الحكم الابتدائى ولكنها قررت أنه لا يصح للمحاكم أن تقضى بمسئولية الجراح إلا إذا تقدم إليها الدليل على وجود خطأ معين نشأ عنه الضرر مباشرة وذلك مهما كان نوع العملية التى أجريت ومهما كان الغرض الذى قصد منها . ولا يعتبر خطأ مرتباً للمسئولية مجرد قيام الجراح بإجراء عملية قد تعرض للخطر الحقيقى الشديد عضواً سليماً وذلك بقصد تعديله ودون أن يكون من وراء هذه العملية أية فائدة خاصة لمصلحة من أجريت له ؛ ولكن فى مثل هذه الحالة وما دام أن كل ما هو مطلوب بالعملية هو إزالة أو تخفيف عاهة جسمية ، فيجب أن توضح للشخص أخطار العملية توضيحاً دقيقاً ، و تؤخذ موافقته على إجرائها وهو عالم بكل ما تنطوى عليه من أخطار . فإذا أهمل الجراح فى تنبيه المريض إلى أخطار العملية ارتكب خطأ موجباً لمسئوليته[2] .

و إذا كانت محكمة استئناف باريس قد أيدت الحكم الابتدائى من حيث النتيجة التى انتهى إليها إلا أنها خالفته من حيث المبدأ فأنقذت جراحة التجميل من ذلك العداء المستحكم الذى نصبه القضاء لها .

= Parce que de temps en temps une complication se présente, trés rarement d'ailleurs, puisque l'accident opératoire est à présent la grande exception doit-on clore à jamais un des chapitres les plus consolants et les plus bienfaisants de la médecine?.»

راجع أيضاً ما جاء فى جريدة الفيجارو وقد نقله توروب فى مرافعته ، القضايا الكبرى العصرية سنة ١٩٣١ ص ٣٦١ .

(١) باريس ١٢ مارس سنة ١٩٣١ سيرى ١٩٣١ـ٢ـ١٢٩ ودالوز الأسبوعى ١٩٣١ـ ٢٥٩ ودالوز ١٩٣١ـ٢ـ١٤١ .

(٢) راجع فى انتقاد الحكم بيرو فى سيرى ١٩٣١ـ٢ـ١٢٩ .

حقاً إن المحكمة تأثرت بملابسات الدعوى وانتهت إلى الحكم على الطبيب بالمسئولية ولكن ذلك لم يمنعها من أن تنتهز الفرصة فتضع مبدأ مشروعية جراحة التجميل وتقرر — خلافاً لما جرى عليه القضاء — أن مجرد إجراء عملية تجميل لا يعتبر بذاته خطأ موجباً للمسئولية حتى إذا كانت العملية تنطوى على خطر حقيقى على جسم المريض .

ومهما قيل فى الحط من أهمية هذا الحكم باعتبار أن المبدأ الذى قرره لم يكن ذا أثر حاسم فى النتيجة التى انتهى إليها فإنه يعبر من غير شك عن بدء تحول فى قضاء المحاكم الفرنسية حتى أن محكمة ليون المدنية فى ١٩٣٦/١/٣[١] لما أرادت الرجوع إلى المبدأ الذى نبذه حكم باريس فى ١٩٣١/٣/١٢ ألغى حكمها أمام محكمة الاستئناف[٢] التى قررت أن تقدير عدم التناسب بين أخطار العلاج وفوائده أمر مرجعه إلى ظروف كل حالة على حدة وأن القول بأن مخاطر العلاج ، مهما قلت ومهما اتخذ من احتياطات لتلافيها لا يمكن أن تتناسب مع الفائدة التى ترجى منه إذا لم تكن غايته شفاء المريض من علة حقيقية ، هذا القول يخلق قرينة لا أساس لها بمسئولية من يباشرون جراحة التجميل .

وبهذا الحكم يمكننا أن نقول إن جراحة التجميل قد تحقق لها الانتصار على هذه الروح التى ناصبتها العداء منذ فجر نشأتها — وإذا كنا لا زلنا نسمع من البعض القول بوجوب اعتبار التزام الجراح فى هذا النوع من الجراحة التزاماً بنتيجة[٣] ، بحيث يسأل الجراح عند فشل العملية ما لم ينف علاقة السببية بين

---

(١) ليون ١٩٣٦/١/٣ دالوز ١٩٣٦ــ١ــ١٢٧ ، والمحكمة اعتبرت مجرد إقدام الطبيب على علاج سيدة بالأشعة لإزالة ماف سيقانها من شعر خطأ موجباً لمسئوليته لما هنالك من عدم تناسب بين أخطار العلاج بالأشعة والفائدة التى كانت ترجى منه ؛ وأضافت بأن إقدام الطبيب على علاج كهذا فيه خروج على أغراض المهنةالتى تنحصرفى المحافظة على صحة الناس وسلامة أبدانهم .

(٢) ليون فى ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ سيرى ١٩٣٦ــ٢ــ٢٣٤ وجازيت باليه ١٩٣٦ ــ٢ــ٤٢٨ ودالوز الأسبوعى ١٩٣٦ــ٤٦٥ وليون فى ١٧ مارس سنة ١٩٣٧ ديفلو ص ١١٧ .

(٣) بودران ــ جراحة التجميل مذكور فى ساناتيه بند ٧٧٥ .

فعله والضرر الحادث فليس فى ترديد هذا القول سوى الخفقات الأخيرة لتلك الروح البالية التى كانت تريد القضاء على جراحة التجميل ، فإن التطور أقوى من البشر وجراحة التجميل سائرة إلى تحقيق الغايات السامية التى تهدف اليها حتى بات الإنسان مديناً بسعادته اليها بقدر ا هو مدين بحياته الى الجراحة العادية .

وإذا كانت جراحة التجميل قد أصبحت من فروع الجراحة ، لها تعاليمها ولها أصولها[1]، فليس ثمة ما يبرر إخراجها من حكم القواعد العامة[2].

---

(١) يقول الدكتور Ducaing القضايا الكبرى العصرية سنة ١٩٣١ فى مرافعة نورب ص ٣٦٠ La chirurgie esthétique est une branche de la chirurgie; elle a, ses écoles ses règles, ses maîtres, ses écrits.

Réparer les imperfections du corps humain quelle que soit leur origine, même lorsque ces imperfections ne sont pas disgracieuses, augmenter de ce fait la beauté, l'attrait, les qualités du cœur, la capacité ouvrière, en un mot la valeur morale et sociale d'un individu, tel est le noble but de la chirurgie esthétique,

(٢) دونديودى فابر — النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣٩ ص ٤٤٣ ؟؟ فوازينيه ص ١٤٠ ؟؟ ديفلو ص ١١٠ ؟؟ نيجر ص ١١٤ ؟؟ خاصة ص ١٢١و١٢٢ ، لا كاس بند ١٦٥و١٦٦ ، بيتل ص ١٦٩ ؟؟ خاصة ص ١٧٨ ، مارجريت ريجير ص ١١٨ .

وراجع أيضاً حكم الشريعة الإسلامية فى هذه المسألة فى مقال الدكتور أحمد محمد ابراهيم فى مجلة الأزهر المجلد ١٩ ص ٩٠٦ تحت عنوان مسئولية الأطباء . وهو يقول إنه من الواضح أن جراحة التجميل مباحة لدى جمهور فقهاء الشريعة ما دام أساس الإعفاء من المسئولية هو رضاء الشخص المعالج .

وفى موضع آخر يقول (ص٩٠٧) : وليس القول بجواز إزالة العيب الخلقى مخالفاً لأحكام الشريعة بل على العكس فإنها إن لم تكن توجبه فهى لا تحرمه، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن بعض العيوب الخلقية تمنع من انعقاد الإمامة وهذا يوحى بأن الواجب إزالة هذه العيوب متى كان ذلك ممكناً . قال هؤلاء الفقهاء :— إنه يمنع من إنعقاد الإمامة ماشان وما قبح ولم يؤثر فى عمل ولا نهضة كجدع الأنف وسمل إحدى العينين . . . فالسلامة منه تكون شرطاً معتبراً فى عقدها ليسلم ولاة الملة من شين يعاب ونقص يزرى فتقل به الهيبة، وفى قلتها نفود عن الطاعة وما أدى إلى هذا فهو نقص فى حقوق الأمة » . الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٨ .

وقد عرض الأستاذ الشيخ عبد العزيز المراغى فى مقاله عن مسئولية الأطباء (مجلة الأزهر المجلد ٢٠ ص ٤٠٩ ؟؟) لموضوع جراحة التجميل نقرر أن الفقهاء وإن لم يعرفوا جراحة التجميل بالمعنى الواسع الذى عرفه المحدثون فقد عرفوا بعضها ونصوا على حكمه . فقد ذكر الفقهاء فى كتاب الكراهية حكم اتخاذ الأنف من الذهب ورووا فى ذلك حديثاً «أن عرفجة =

.. حقاً قد يعترض بأن القواعد العامة تستلزم أن يكون تدخل الجراح مقصوداً به تحقيق غرض علاجي ، وليس في إصلاح ما بالإنسان من تشوية جسماني علاج له من أي مرض[1] . وحتى يكون هذا الاعتراض حاسماً لا بد أن يثبت فعلا أن جراحة التجميل لا تباشر أغراضاً علاجية . ولكن التشويهات البدنية لها أثرها في نفسية الشخص ومن ثم في صحته فكيف نحرم على الجراح أن يعالج الشخص مما يشعر به من ألم في حياته الاجتماعية بينما نبيح له التدخل لشفائه من أي ألم جسماني مهما كان تافهاً . والواقع أن فكرة المرض اتسعت مع تقدم الطب فلم تعد مهمة الطبيب قاصرة على علاج الاعتلال الجسماني الذي قد يصيب الفرد بل أصبح من واجبه أن يعالج كل حالة نفسية قد يكون لها انعكاس على صحته أو سلامة أعضائه[2] ، ولنا في مشوهي الحرب ممن اضطرت بعض الدول إلى إخفائهم في

= إبن سعد أصيب أنفه يوم الكلاب فأنتن فأمره النبي (ص) أن يتخذ أنفاً من ذهب » والفقهاء جميعاً في إجازة هذا النوع من الجراحة .

وقد عرض الفقهاء لنوع من جراحة التجميل أيضاً وهو قطع الأصبع الزائدة ففي الظهيرية « إذا أراد الرجل أن يقطع أصبعاً زائدة أو شيئاً آخر قال نصير رحمه الله : إن كان الغالب على من قطع مثل ذلك الهلاك فإنه لا يفعل ، وإن كان الغالب هو النجاة فهو في سعة من ذلك . وفي خزانة المفتين : من له سلعة زائدة يريد قطعها إن كان الغالب الهلاك فلا يفعل وإلا فلا بأس به » .

ومن هذه العبارات يمكن القول بأن الفقهاء قد عرفوا هذا النوع من الجراحة وتكلموا عليه من ناحية جوازه أو كراهيته على أساس غلبة الهلاك أو النجاة .

والطبيب على أساس إباحة العمل ورضاء من يريد التجميل لا يسأل متى كان عمله موافقاً لما رسمه الأطباء وأهل الذكر في أمثال هذه العمليات .

(١) جارسون — النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٧١٧ و ٧١٨ ، تعليقا على تقرير دونديودي فابر وزملائه المقدم لمؤتمر الطب الشرعي السادس عشر برئاسة الدكتور بول .

ومع ذلك لم يستطع جارسون أن يتمشى مع منطقه إلى النهاية فاضطر إلى إبداء بعض التحفظات بالنسبة لحالات تدخل من غير شك في جراحة التجميل .

أنظر رد «Duvoir» عليه ص ٧١٩ .

(٢) وتأييدا لهذا المعنى جاء في حكم ليون ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي سنة ١٩٣٦ — ٤٦٥ ما يأتي :—

Attendu que la notion de maladie telle que semble avoir entendue les premiers juges parait à ce point de vue particuliérement étroite; Attendu que certaines anomalies physiques qui n'altérent pas la santé de =

أمكنة خاصة حتى لا يؤذى الجمهور منظرم المروع و يبث فيهم ذلك روح السخط على الأنظمة والجبن عن الدفاع عن الأوطان ، لنا فى هؤلاء خير مبرر لوضع هذا النوع من الجراحة فى نفس مستوى الجراحة العادية .

قد يعترض من ناحية أخرى بأن القواعد العامة تستلزم أن يكون هناك تناسب بين خطر المرض وخطر العلاج ، وأن تطبيق هذا المبدأ يستبعد جراحة التجميل ، لأن المفروض أن التشو ية المراد إصلاحه لا يعرض حياة الإنسان لخطر ما . ومهما يكن من شأن هذا الاعتراض فليس له فى نظرنا من أثر أكثر من تضييق دائرة جراحة التجميل إلى الحد الذى لا يتعرض معها المر يض لأخطار لا تبررها حالته[1] . أما القول بأن جراحة التجميل تعرض الشخص فى جميع الأحوال إلى أخطار ليس لها ما يبررها فهو قول يلقى على عواهنه إذ المرجع فى تقدير التناسب بين أخطار العلاج وفوائده — كما قررت محكمة استئناف ليون فى ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ —

= ceux qui en sont frappés sont susceptibles d'avoir une grande influence sur la vie sociale, sur leur état mental; qu'il est possible qu'une intervention chirurgicale, pour n'être pas imposée par un besoin physique se justifie néamoins même si elle n'est pas exempte de tous risques, par un besoin moral, qu'elle reste le seul reméde capable de mettre fin à un état morbide de l'esprit aussi dommageable à celui qui l'éprouve que l'infirmité de son corps...»

راجع أيضا هنرى ديبوا فى دالوز ١٩٢٦—٢—٩ أنظر ١٢ ، هنرى باران فى مسئولية الجراحين فى عمليات التجميل — رسالة سنة ١٩٣٢ ، مازو ج ١ بند ٥١١ ص ٥٥٥ و ٥٥٦ ، بيرو تعليقا على باريس ٢٢/١/١٩١٣ سيرى ١٨/١٩—٢—٩٧ ، نيجر ص ١١٥ ؛ لاكاس بند ١٦٤ و ١٦٥ ، دارتيج مذكور فى مارجريت ريجير ص ١١٥ الفقرة الأخيرة دونديودى فابر النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٤٣ وهو يقول :

Mais certains juristes ont voulu soutenir que la simple imperfection physique n'était pas une maladie, qu'elle échappait donc à la medecine. Ce dernier argument manque de solidité parce qu'il est bien difficil de préciser où s'arrête la maladie et où commence l'imperfection physique.

(١) أندريه جاك — المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٣ ص ٣٦٢ ؛ ديموج ج ٢ بند ٨٠٣ والمجلة الفصلية سنة ١٩٠٧ ص ١٠٦ و سنة ١٩٠٨ ص ٧٣٤ ؛ ريبير القاعدة الخلقية بند ٢٤ و ٢٥ ، بلانيول واسمان ج ٦ بند ٢٤٢ ، مازو ج ٢ بند ١٤٩٣ ، لالو بند ٧٦٨ .

إلى ظروف كل حالة على حدة ، وهذا يدعونا إلى عدم الخلط بين تلك الحالات التى يكون فيها التشويه شديداً لدرجة تصبح معها حياة من يشكو منه عبئا قد يدفعه إلى طلب التخلص منها ، و بين تلك الحالات التى يكون الغرض من التدخل الجراحى فيها مجرد إصلاح ما أفسده الدهر من جمال يحاول التشبث بالبقاء ضد إرادة الزمن وحكم الطبيعة[١] .

ففى النوع الاول من الحالات تكون حرية الطبيب واسعة فى اختيار وسائل العلاج التى يراها مناسبة[٢] ولا غرو فإذا كان حرمان الشخص من استعمال عضو من أعضائه يبرر تدخل الطبيب فمن باب أولى يكون تدخل الطبيب مبرراً إذا كان التشويه جسيما بحيث يحرمه من حقه الطبيعى فى الزواج أو يوصد أمامه أبواب الرزق أو يجعله محلا لسخرية الناس واستهزائهم مما يعرضه للنوروستانيا والاضطرابات العصبية[٣] .

فى مثل هذه الحالات لا تكون إزالة التشويه غرضاً مقصوداً لذاته بل وسيلة لوقاية صحة المريض النفسية ، ومن ثم هى تبرر استعمال وسائل لا تخلو من بعض المخاطر ما دامت هذه المخاطر تتطلبها حالته . فالقانون علم إجتماعى وعليه

---

(١) مازان ص ١٢٣ ، فوازينيه ص ١٤١ .

(٢) بيرو تعليقاً على باريس ١٩١٣/١/٢٢ سيرى ١٩١٩/١٨—٢—٩٧ .

(٣) مازان ص ١٢٢ ، مارجريت ريجير ص ١١٦ ، فينى ص ١٠٥ ، ساناتيه ج ٢ بند ٧٨٦ ص ٤٠٥ ، مازو ج ١ بند ٥١١ ص ٥٥٦ .

قرب بليندو مذكور فى رسالة مارجريت ريجير ص ١١٤ و ١١٥ ، وهو يرى أن جراحة التجميل لها دائماً ما يبررها ، فمن الناحية الاجتماعية هى تذلل العقبات التى قد تعترض الشخص فى اكتساب رزقه ومن الناحية المعنوية هى تخفف عنه ما قد يشعر به من ألم من جراء ما به من تشويه ، وهو يختم كلامه بقوله :

Il faut s'élèver contre l'affirmation que dans le domaine de la médecine n'entrent que la maladie et son traitement. Le praticien a un autre rôle; à côté de celui de donner des soins purement matériels, il a un rôle moral que l'on aurait grand tort de passer sous silence, et pour le remplir il a le droit d'utiliser les moyens physiques et psychiques appropriés, pour améliorer la valeur psychique et partant, la valeur physique générale d'un individu. Or la chirurgie esthétique fait partie intégrante de ces moyens physiques et psychiques.

أن يرعى ضرورات الحياة ، فكل الأفراد ضعفاء أمام الألم الجسمانى والنفسانى وأحياناً لا يستطيعون الاستمرار فى تحمله بل يفضلون الموت على البقاء فى أحضان الألم . إنما يجب على الطبيب أن يثبت أن المريض كان فعلا فى حالة تدهور نفسانى شديد وأنه لم تكن هناك وسيلة أخرى لعلاجه غير إزالة التشويه بالطريقة التى اتبعها.(١)

أما فى النوع الثانى من الحالات فلا يكون تدخل الطبيب مبرراً إلا إذا كانت وسيلته فى إزالة التشويه الجسمانى لا تنطوى ، بحسب السير الطبيعى للأمور على خطر ما على حياة المريض أو سلامة أعضائه(٢) ؛ أما إذا أقدم على عملية لا تتناسب مخاطرها مع ما قد يناله الشخص من فائدة فإنه يكون مسئولا عن الأضرار التى تحيق به حتى إذا كان قد حصل على رضائه مقدما وحتى إذا قام بها طبقاً لقواعد الفن الصحيحة .

وإنا لنجد فى لغة الأحكام الفرنسية ما يشف عن وجود هذه التفرقة فى نظر القضاء ، من ذلك أن محكمة استئناف باريس فى ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ وهى فى معرض التدليل على مسئولية الطبيب قالت إنه لم يدفع بأن المجنى عليها كانت فى حالة تدهور نفسى شبه مرضى ، وهو ما كان يبرر الى حد ما تدخله(٣) . وهذا الحكم وإن انتهى إلى إلزام الطبيب بالمسئولية إلا أنه يشعر بأنه كان لينفى عنه المسئولية لو كانت المجنى عليها فى حالة تدهور نفسى يبرر تعريضها لمخاطر العلاج .

ولقد كانت محكمة استئناف ليون أسرع فى الأخذ بالتفرقة التى ننادى بها ،

---

(١) سافاتييه ج ٢ بند ٧٨٦ ص ٤٠٥ .

(٢) قرب مازو ج ١ بند ٥١١ ص ٥٥٥ ، وسافاتييه بند ٧٨٦ .

ولتقدير مخاطر العلاج لابد من إحصائيات دقيقة وعلى نطاق واسع ويجب بوجه عام ألا يستعمل الطبيب فى جراحة التجميل إلا الوسائل التى دلت التجربة على صلاحيتها وبعدها عن تعريض المريض للخطر . والعبارات التى نقلناها عن الظهيرية والمفتين واضحة فى أن الفقهاء جعلوا جواز جراحة التجميل منوطاً بغلبة الهلاك أو النجاة فى العملية المراد إجراؤها.

(٣) باريس ١٩١٣/١/٢٢ سيرى ١٩١٩/١٨–٢–٩٧ وتعليق بيرو .

عكس سين ١٩٢٩/٢/٢٥ جازيت باليه ١٩٢٩–١–٤٢٤ ، وليون ١٩٣٦/١/٣ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦–١٢٧ . وكلا الحكمين قد ألغى فى الاستئناف .

إذ قضت بحكمها الصادر فى ٢٢ مايو سنة ١٩٣٦ بأن لا مسئولية على الجراح فى قيامه بعملية تجميل إذا كانت العملية هى الوسيلة الوحيدة فى علاج امرأة من حالة تدهور نفسانى شديد[١] .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة ليون نفسها فى ١٧ مارس سنة ١٩٣٧[٢] بأن الطبيب الذى يجرى إزالة الشعر من جسم سيدة بواسطة العلاج الكهربائى متى لم يقع منه تقصير فى العلاج ، لا يسأل عن الضرر الحادث لتلك السيدة ما دام هناك تناسب بين النتيجة المرجوة والمخاطر العادية للعلاج الكهربائى .

بقى شرط واحد تفرضه القواعد العامة حتى يكون الطبيب بمأمن من كل مسئولية وهو وجوب أخذ رضاء المريض بالعلاج . وهذا الرضاء لا يكون صحيحاً إلا إذا كان عن بينة واختيار ومن ثم هو يفترض أن يكون الطبيب قد أوضح للمريض المخاطر التى سيتعرض لها من وراء العلاج .

ولئن كان هذا الالتزام يتقيد فى الأحوال العادية بما تفرضه الضرورة[٣] أو ما توجبه مصلحة المريض من عدم إحاطته بتفصيلات عن حالته ، قد تهبط بروحه المعنوية وتضيع بذلك عنصراً من أهم العناصر لنجاح العلاج ، فإنه فى جراحة التجميل ليس ثمة ما يقيد هذا الالتزام ، إذ المفروض أن تدخل الجراح لا تدعو إليه أية ضرورة عاجلة ؛ لذلك تشددت المحاكم فى وجوب تنبيه المريض إلى النتائج المحتملة لتدخله الجراحى حتى يكون على بينة من المخاطر التى يتعرض لها وهو فى معرض الموازنة بين مخاطر العملية والفائدة التى يرجوها من ورائها[٤] .

ويتجه الفقه العالمى إلى إقرار جراحة التجميل والاعتراف بما لها من أثر فى

---

(١) ليون ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ سيرى ١٩٣٦—٢—٢٣٤ .
(٢) ليون ١٧ مارس سنة ١٩٣٧ فى ديفلو ص ١١٧ .
(٣) سنرى أثر الضرورة فى وجوب أخذ رضاء المريض بالعلاج .
(٤) باريس ١٢ مارس سنة ١٩٣١ سيرى ١٩٣١—٢—١٢٩ ودالوز سنة ١٩٣١—٢—١٤١ ودالوز الأسبوعى ١٩٣١—٢٥٩ ، سين ١٦ يناير سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ ملخص ١١ .

الحياة الاجتماعية . ففى ألمانيا يعتبر الفقهاء جراحة التجميل أمراً مشروعاً لأنها تلائم الغايات التى تقرها الدولة[1] . وفى بلجيكا يرى الفقه إباحتها ما لم تمنع من أداء واجب اجتماعي كما فى حالة الأم أو الزوجة المنتظر حملها تستأصل جزءا من ثدييها لتعديل قوامها فتطعل وظيفة الرضاع[2] .

أما فى مصر فقد عرض أمر جراحة التجميل على المحاكم فى قضية تلخص ظروفها فى أن رجلا يدعى عبد الحميد أفندى حمدى أصيب فى سنة ١٩١٤ بدمل فى مؤخر عنقه . ولقد التأم الدمل تاركا مكانه أثر التحام « كلويد » طوله خمسة سنتيمترات وعرضه نصف أو ثلاثة أرباع سنتيمتر جعل منظره مشوهاً ، ففكر فى سنة ١٩٢٨ أن يعالج نفسه بمخترعات الطب الحديثة لتخفيف صلابة هذا الأثر حتى يصبح أثر الالتحام رخواً ليناً متجانساً مع الجلد المجاور له ، فعرض نفسه على الدكتور ميخائيل عازر طبيب الأمراض الجلدية بمستشفى القصر العينى و بعد أن عالجه بطرق مختلفة ، أشار عليه بأن يعالج نفسه بأشعة اكس واختار له الدكتور الفريد تادرس مقار طبيب الأشعة بالمستشفى القبطى ؛ وقد قام الدكتور بعلاجه فى جلسات متقطعة آنا بنفسه وآنا بطريق التومرجى وانتهى الأمر أخيراً إلى تقيح الجلد تحت تأثير الأشعة ونشأت فيه قرحة . فرفع المجنى عليه قضية على الدكتور الفريد تادرس مقار ليطالبه بالتعويض عما لحقه من الضرر .

ولا يخفى أن المدعى وقت أن طلب من الدكتور مقار علاجه لم يكن يشكو مرضاً أصلا بل إن الندبة التى تخلفت فى قفاه وشوهت منظره كان يحملها من سنة ١٩١٤ من غير أن تؤثر فى صحته أو تسبب له تعباً ، إنما رأى فى سنة ١٩٢٨ ، أى بعد أربعة عشر عاماً ، أن يستفيد من مخترعات الطب الحديثة فى تليين هذه القطعة الصلبة التى استقرت فى مؤخرة عنقه حتى تصبح رخوة متجانسة مع الجلد المجاور وهذا يدخل فى الواقع فى باب التجميل لا الاستشفاء .

و إذا كان الامر كذلك ، فإنه مما يلفت النظر أن محكمة مصر بحكمها الصادر

---

(١) فون ليست جـ ١ ص ٢٢٦ .

(٢) سيمون فى المجلة البلجيكية لقانون العقوبات سنة ١٩٣٣ ص ٤٥٧ .

فى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٣[١]، قد انتهت إلى رفض الدعوى المرفوعة على الطبيب فأقرت بذلك ضمنا مشروعية جراحة التجميل .

حقاً إن الحكم ألغى فى محكمة الاستئناف[٢] ، ولكن لم يكن الغاؤه راجعاً إلى أن المحكمة رأت فى جراحة التجميل عملا غير مشروع يوجب بذاته مسئولية الطبيب[٣] ، بل إنها تطرقت لبحث وقائع الدعوى واستخلصت منها أن إصابة المجنى عليه نشأت عن معالجته بأشعة اكس وأن الطبيب أخطأ فى تجاوزه عدد جلسات العلاج التى تسمح بها الأصول العلمية .

والذى يبين لنا من هذين الحكمين أن القضاء المصرى — فى تلك القضية الفريدة التى عرض أمرها عليه لم ير موجباً للتفرقة بين جراحة التجميل والجراحة العادية بل أخضع الإثنين لقواعد واحدة .

رضاء المريض بالعلاج

رأينا الاعتبارات التى يتحتم على الطبيب مراعاتها فى اختيار العلاج وهو لا يستطيع أن ينتقل من هذه المرحلة التحضيرية إلى مرحلة التنفيذ إلا إذا أخذ رضاء المريض بمباشرة العلاج على جسمه[٤] .

---

(١) مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٣٣ فى القضية رقم ٧٨٧ كلى سنة ١٩٣٢ .

(٢) س مصر ١٩٣٦/١/٢ محاماة سنة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ ومجموعة رسمية سنة ٣٧ رقم ٩٣ ص ٢٦٠ .

(٣) رغم أن لسان حال الدفاع عن المجنى عليه دفع فى المذكرة التى قدمها لمحكمة الاستئناف بأن الدكتور مقار لم يكن يباشر إلا علاجاً تجميليا وأن قضاء المحاكم فى فرنسا مضطرد على تشديد المسئولية على عاتق الطبيب الذى يباشر علاجاً لا تدعو إليه حاجة إلى شفاء مرض بل مجرد إزالة عيب طبيعى لا خطر منه على صحة المريض .

(٤) هنرى ديبوا تعليقاً على سين فى ١٦ مايوسنة ١٩٣٥ دالوز ١٩٣٦–٢–٩و١٠، ساهو ص ٦٩ ؛؛ مازو ج ٢ بند ١٤٩٣ هامش ٣ ، مانش ص ١٦١ ؛؛ لاكاس بند ١٥١ ، بيتل ص ١٤٤ ، نيجر ص ٩٨ ؛؛ ديفلو ص ١١٦ ، بلانش روديه ص ٦٥ ، جرافن ص ١٥٦ ، جارو ج ٥ بند ١٩٨٥ ، بلانيول واسمان ٥٢٦ ، جندى عبد الملك ج ٥ ص ٨٣٣ ، ديموج ج ٦ بند ١٨٠ ، دكتور السيد مصطفى وكامل مرسى ص٤٢٢و٤٢٣ =

ولا يقصد بهذا الرضاء مجرد الإيجاب الصادر من المريض للطبيب الذى كون العقد بينهما بالتقائه بقبول الطبيب بل هو رضاء خاص يتطلبه الفقه والقضاء من المريض متى أراد الطبيب البدء بمباشرة العلاج .

ويبنون وجوب حصول الطبيب مقدماً على رضاء المريض ، على أن المريض إنسان حر له حقوق مقدسة على جسمه لا يجوز المساس بها بغير رضاه[1] وكل اعتداء على حرية المريض أو حقوقه على جسمه حتى إذا كان الدافع إليه صالح المريض يرتب مسئولية على من ارتكبه متى كان فى استطاعته أن يحصل على ذلك الرضاء .

يجب إذن أن يرتضى المريض العلاج الذى اختاره الطبيب دون أن يحتج على ذلك بأن الطبيب أقدر بحكم فنه وخبرته على معرفة ما هو فى صالح المريض ؛ فرضاء المريض مظهر لحق مطلق على سلامة جسمه . ولكن هل هذا الرضاء واجب فى جميع الفروض ؟

= جاردنا وريتشى ص ٣١٤ بند٢٠٣، فالك المجلة الانتقادية سنة١٩٣٧ ص ٦٣٠ ، دكتور القللى تعليقات على الأحكام فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ٢ ص ٣٢٥ و ٣٢٦ ، المسئولية الطبية دونديودى فابر النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤١٣ ؛؛ أنظر ص ٤١٩ ، سافاتييه بند ٧٨٥ ، جارسونم ٦٤ بند ١٢٧ ، مازان ص ١٢٨ ؛؛ على بدوى ص ٤١١ ، دالوز ريبرتوار براتيك — المسئولية المدنية رقم ٥٣١ .

وراجع فى اشتراط الإذن فى الشريعة الاسلامية حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٧٦ ، ومعين الحكام ص ١٩٨ ، والمغنى ج ٦ ص ١٢١ ، والشرح الكبير ج ٦ ص ١٢٤ ، والمهذب ج٢ ص ٣٠٦ ، والهداية والعناية ج ٧ ص ٢٠٦ ، والشيخ عبد العزيز المراغى ـ مسئولية الطبيب مجلة الأزهر المجلد ٢٠ ص ٢١٣ .

وقارن محمد على إمام ص ٣٠٣ بند ١٢٤ .

(١) مازان ص ١٢٩ و ١٣٠ ، جونو فى برو ص ١١٤ ، بلانيول واسمان ج ٦ بند ٥٢٦ ، وهيرتز ـ الرضاء بالعمليات ص ٧ وهو يقول : **Le consentement exigé pour légitimer l'acte opératoire est un hommage rendu à la dignité de la personne humaine.**

يجب التفرقة بين حالتين :—

أولا — اذا كان المريض فى حالة تسمح له باعطاء رضاء صحيح

وفى هذه الحالة رغم الخلاف الذى قام بين أنصار المذهب الفردى ومؤيدى حق العلاج الذين يستندون إلى اعتبارات ميتافيزيكية واجتماعية(١) ، فإن قضاء المحاكم مستقر على وجوب أخذ رضاء المريض بالعلاج قبل مباشرته(٢).

---

(١) Garraud Laborde Lacoste. Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale. Revue générale du droit. 1926 P.129&153&193&252.

جان لويس فور مذكور فى نيجر ص ١٠٣ وفى تعليق جانلو فى دالوز ١٩٣١—٢—١٤١، دونديودى فابر ودى فوار — بعض ملاحظات على الحق فى التدخل الجراحى النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣٤ ص ٧٢٥ ، برو ص ١١٨ ؟؟ وهو يرى أن إلزام الطبيب بأخذ رضاء المريض هو تحكم من القضاء لا سند له من القانون ؟ ولقد فاته أن اضطراد قضاء المحاكم فى معنى معين ينشىء بذاته القاعدة القانونية التى يتحتم إحترامها . ويتمشى برو مع منطقه فلا يرى أن الطبيب يخطىء لمجرد أنه لم يأخذ رضاء المريض فى استعمال البنج ص١٥٦ أو الأشعة ص ١٦٤. راجع أيضاً — النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٠٢ ص ٣٦٤ وقد جاء فيها أن مؤتمر المحامين، المنعقد فى ٨ مارس سنة ١٩٠٢ قرر عدم مسئولية الطبيب لمجرد تجاوزه عن أخذ رضاء المريض فى عملية أجراها .

ومحمد على إمام ص ٣٠٣ إذ قال فى معرض شرحه لفكرة المسئولية المهنية بند ١٢٤

Le professionnel doit non seulement éclairer le client et lui indiquer le chemin qu'il doit suivre, mais aussi sauvegarder par une collaboration étroite les intérêts de celui-ci. Il est plus qu'un simple conseiller; il doit faire ce qu'il croit être utile aux intérêts de son client; et celà au besoin parfois contre la volonté de celui-ci.»

Lasnier. Du droit du malade au refus d'un traitement. Thèse P.25 et suivantes.

وهو يرى أن من حق الجراح أن يجرى العملية التى يراها لازمة للمريض حتى رغم إرادته .

(٢) جنايات الأسكندرية ١٩٤١/٢/٢٥ فى القضية رقم ٢٣٤٠ العطارين سنة ١٩٣٨ ضد الدكتور حسن رفيق الفريانى وآخر ، ليبج ١٨٨٩/١١/٢٧ سيرى ١٨٩٥—٢—٢٣٧ ودالوز ٩١—٢—٢٨١ ، ليبج ١٨٩٠/٧/٣٠ سيرى ١٨٩٥—٢—٢٣٧ ودالوز ٩١—٢—٢٨١ ، الجزائر ١٨٩٣/١١/٤ سيرى ١٨٩٥—٢—٢٣٧ ، الجزائر ١٨٩٤/٣/١٧ دالوز ١٨٩٥—٢—٦٩ وسيرى ١٨٩٥—٢—٢٣٧ ، الجزائر ١٨٩٧/١١/٩ سيرى ١٩٠٩—٢—٣٢١ ، شاتوتييرى ١٩٠٥/٦/٧ سيرى١٩٠٩—٢—٢٢٥ ودالوز ١٩٠٥ =

ومن باب أولى لا يستطيع الطبيب أن يفرض إرادته على المريض إذا هو رفض العلاج . فالطبيب الذى لا يحترم رغبة مريض قادر على تقدير ظروفه ويجرى له علاجاً رغم إرادته يعتبر مخطئاً [١]، اللهم إلا إذا كان القانون يعطيه هذا الحق، كما هى الحال بالنسبة للمرضى من رجال الجيش فإنهم بانخراطهم فى سلك الجندية يفقدون ما لهم من حقوق على أجسامهم بحيث يصبح رضاهم غير لازم فيما تتطلبه حالتهم من أنواع العلاج . فالحرية الفردية تتلاشى أمام سلامة الدولة التى توجب المحافظة على القيمة الاجتماعية لجنود الوطن [٢] .

= ـ٥ـ٤١ ، نيس ١٩٠٥/٦/٢٣ سيرى ١٩٠٩ـ٢ـ٣٢١، أميان ١٩٠٦/٢/١٤ سيرى ١٩٠٩ـ٢ـ٢٢٥ ودالوز ١٩٠٧ـ٢ـ٤٤ ، إكس ١٩٠٦/١٠/٢٢ دالوز ١٩٠٧ـ٢ـ٤١ ، باريس ١٩١٣/١/٢٢ سيرى ١٩١٨ـ٢ـ٩٧ ودالوز ١٩١٩ـ٢ـ٧٣ ، باريس ١٩٢٣/٦/٢٨ دالـوز ١٩٢٤ـ٢ـ١١٦ ، باريس ١٩٢٤/١١/٢٠ G. P. ١٩٢٥ـ١ـ١٦٦ ، لانيون ١٩٣٢/١٢/١٩ جازيت باليه ١٩٣٣ـ١ـ٣٣٩ ، باريس ١٩٣١/٣/١٢ سيرى ١٩٣١ـ٢ـ١٢٩ ودالوز ٣١ـ٢ـ١٤١، نقض ١٩٣٣/١٠/٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣٣ـ٥٣٧ سيرى ٣٤ـ٢ـ١١، ليون ١٩٣٨/١/٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ ملخص ١١ ، نقض عرائض ١٩٤٢/١/٢٨ دالوز فى انتقاد الأحكام ١٩٤٢ ص ٦٣، نقض ١٩٢٠/١١/٢٩ سيرى ١٩٢١ـ١ـ١١٩ ودالوز ٢٤ـ١ـ١٠٣ ، سين ٥/١٦ سنة ١٩٣٥ سيرى ١٩٣٥ـ٢ـ٢٠٢ ، سين ١٩٢٠/١٢/١٤ دالوز ١٩٢١ـ٢ـ٢٧ ، بل إن محكمة باريس فى ١٩٣٦/٧/١٧ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ـ٤٩٨ قضت بمسئولية طبيب طلب إليه أخذ صورة بالأشعة فأجرى على المريض ثلاثة اختبارات بالأشعة دون أن تدعو إلى ذلك ضرورة ولتجاوزه الحدود المرسومة له مما نشأت عنه قرحة وذلك رغم أنه لم ينسب إليه أى خطأ فى مباشرة العلاج .

(١) ديبوا فى التعليق على سين ١٩٣٥/٥/١٦ دالوز ١٩٣٦ـ٢ـ٩ و ١٠ ، ديفلو ١٢٦ ، على بدوى ص ٤١١ ، سافاتييه بند ٧٨٥ .

قارن محمد على إمام ص ٣٠٣ بند ١٢٤ .

عكس Lasnier. Du droit du malade au refus d'un traitement, thèse P.25

(٢) مازان ص ١٣٦ و ١٣٧ ، بلانش روديه ص ٨٣ و ٨٤ .

قارن نيجر ص ٩٨ و ٩٩ ، دونديودى فابر وزملاءه — النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ المسئولية الطبية ص ٤٢٥ و ٤٢٦ خاصـة رأى المجمع العلمى الطبى فى اجتماع ٩/١٩ سنة ١٩١٦ المشار إليه فى هذا المرجع ثم رد Desoille على اعتراض Costedoat ص ٧١٠. عكس Costedoat فى التعليق على تقرير دونديودى فابر وزملائه المقدم إلى المؤتمر الطبى الشرعى السادس عشر برئاسة الدكتور بول — النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٧٢١ ؟؟

ويجب ألا يتبادر إلى الذهن أن الطبيب يكون من حقه أن يتدخل بغير رضاء المريض إذا كان الشارع قد رأى أن يقيد من حريته فى قبول العلاج ، كما لو فرض التطعيم الإجبارى لمقاومة وباء فإن مثل هذا الإجراء من الشارع ليس له من الأثر سوى تعريض المريض للجزاء الذى رتبه القانون إن هو خالفه[١] .

ويرى ديلبت[٢] أن الطبيب له أحياناً أن يجرى عملية رغم إرادة المريض إذا رأى أن فيها إنقاذاً لحياته بشرط ألا تتضمن هذه العملية بتر عضو من أعضائه، إذ من حق كل فرد ان يفضل الموت على أن يعيش بعاهة مستديمة .

وإذا كانت حالة الضرورة هى التى سوغت فى نظر ديلبت التجاوز عن رأى المريض فإنه لا يفهم كيف يحرم المريض من حقه الطبيعى فى تقدير وجود ظرف الضرورة والموازنة بين أخطار المرض واحتمالات العلاج[٣] ؛ على أننا نعتقد أن حالة الضرورة تجيز مع ذلك تدخل الطبيب رغم إرادة المريض إذا ظهر أنه يريد الموت على الحياة ، ففى هذه الحالة يمكن القول بأن المريض فقد حرية اختياره تحت تسلط الباعث الذى يدعوه إلى الانتحار[٤] .

والمسئولية التى رتبها الفقه والقضاء على عدم أخذ رضاء المريض بالعلاج مستقلة تماماً عن المسئولية التى تنشأ بسبب الخطأ فيه ، فلا شك أن رضاء المريض لا يرفع

---

(١) دونديودى فابر المرجع السابق ص ٤١٩ ، وانظر سافاتييه بند ٧٨٥ ص ٤٠٢ فى الأحوال التى يتقيد فيها حق المريض فى قبول أو رفض تدخل الطبيب .

(٢) Delbet. Revue de Paris 1er Mars 1911. P.40 et suivantes. جان لويس فور مذكور فى جان لو فى دالوز ١٩٣١–٢–١٤١ .
قارن جارسون م ٦٤ بند ١٢٧ ، ولالو فى دالوز ١٩١٤–٢–٧٣ .

(٣) راجع سافاتييه بند ١٠٤ ص ١٣٢ .

(٤) ديبوا دالوز ١٩٣٦–٢–١١ ، سافاتييه جـ٢ بند ٧٨٥ ص ٤٠٢ ، ديفلو ص ١٢٨ ، نيجر ١٠٣ .

قارن — الآراء المختلفة التى استعرضها دونديودى فابر وزملاؤه فى النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ — المسئولية الطبية ص ٤٢٩ ؟؟ وتعليق فريبورج بلان على تقريرهم المقدم إلى المؤتمر الطبى الشرعى السادس عشر ص ٧١٥ و ٧١٦ من المرجع نفسه .

عن الطبيب المسئولية التى تنشأ عن خطئه فى العلاج[١] ، فهذه المسئولية ولو أنها عقدية إلا أنها جزاء على الإخلال بالتزامات محلها سلامة جسم الإنسان فهى معتبرة من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على الاعفاء منها أو على تخفيفها[٢] ، بل ولا يعتبر رضاء المريض خطأً من جانبه يوجب اشتراكه فى المسئولية إذ المفروض أن المريض لم يلتجىء إلى ذى الفن إلا ليستفيد من عمله ، ولا تثريب عليه إن هو قبل رأيه ، معتمداً على خبرته الفنية وكفاءته فى مهنته[٣] .

وعدم رضاء المريض بالعلاج مقدما يحمل الطبيب تبعة المخاطر الناشئة عن ذلك العلاج حتى إذا كان سلوكه لم تشبه من الخطأ شائبة[٤] . وحجة الفقه والقضاء

---

(١) لاكاس بند ١٥١ ، مازو بند ١٤٩٣ ، الاتحاد السويسرى ١٩٣٦/٩/١٧ فى تعليقات إميل تيلو على القضاء السويسرى فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ ص ٩٠٢ ، ساهو ص ٧٣ ، رالييه ص ٩٥ ، مازان ١٣١ ؟؟ ديفلو ص ١٢٤ ، نيجر ص ١٠٠ ، روديه ص٦٧ ، ريبير — المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٨ ص ٢٠٠ .

قارن باريس ١٩١٣/١/٢٢ سيرى ١٨ــ٢ــ٩٧ وتعليق بيرو . وقد جاء فى حيثيات الحكم « أن الجراح لم يثبت حتى أنه نبه المريض إلى الأخطار التى يتعرض لها » ولئن بدا من هذه العبارة أن رضاء المريض كان من شأنه لو ثبت ، أن يعفى الجراح من كل مسئولية ، فالواقع أن المحكمة لم تقصد منها إلا تطبيق مبدأ عام ثبت عليه القضاء وهو وجوب أخذ رضاء المريض بالعلاج لا سيما إذا كان من شأنه تعريضه لأخطار استثنائية وإلا تحمل هو مخاطر العلاج .

(٢) مازو بند ٢٥٢٩ هامش « ١ » .

(٣) ديبوا فى دالوز ١٩٣٦ــ٢ــ١٢ ، ريبير المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٨ ص ٢٠١ .

أما إذا أصر المريض على علاج ، وأجبر الطبيب على مباشرته أياً كانت النتيجة ومهما كانت خطورته ، فهنا يكون قد تم عن إهمال — إن لم يكن من شأنه بطبيعة الحال نفى مسئولية الطبيب الذى يتحتم أن يرفض تعريض المريض لأخطار لا مبرر لها ، فهو إهمال يكفى لإشراكه فى المسئولية (مازو ج ٢ بند ١٤٩٨) .

راجع أيضاً حكم محكمة الاتحاد السويسرى فى ١٩٣٦/٩/١٧ تعليقات إميل تيلو فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ ص ٩٠٢ وقد جاء فيه . . . —

«Commet une faute professionnelle le médecin qui fait une injection contre indiquée et qui la fait de façon contraire au mode d'emploi normal du médicament.

Les indications, voire les ordres du patient ne sauraient dispenser le medecin de pratiquer selon les règles de l'art.»

(١) ساهو ص ٧٣ ، رالييه ص ٩٥ ، مازان ص ١٣٤ ؟؟ سافاتييه بند ٧٨٥ ، هيرتز =

فى ذلك أن الطبيب قد أخطأ حتما فى عدم حصوله على رضاء المريض فعلاجه أصبح عملا غير مشروع تتوفر فيه عناصر الخطأ لذاته بحيث إذا نشأ عنه أى ضرر للمريض تحققت أركان المسئولية بالنسبة للطبيب .

وقد تشكك البعض [١] فى توفر علاقة السببية بين عدم أخذ رضاء المريض بالعلاج والأضرار التى تنشأ عنه ، لأنه لو أخذ رضاء المريض قبل مباشرة العلاج لما منع ذلك من وقوع الضرر ولما كانت هناك أية مسئولية على الطبيب ، الذى راعى أصول الفن ولم يرتكب خطأ ما فى مباشرة العلاج . فالمسألة من حيث صلة السببية المادية واحدة فى الحالتين .

ولعمرى إن هذا الرأى الذى بنى على إنكار نظرية تعادل الأسباب لا يتمشى حتى مع نظرية السببية الفعالة [٢] . فلا شك أن المخاطر التى تحملها المريض ما كان ليتعرض لها لو لم يجر له العلاج [٣] ، ومجرد إجراء العلاج بغير رضاه كان من قبيل الخطأ ؛ ثم إن القول بعدم مسئولية الطبيب عن إجرائه علاجا بغير رضا المريض يفقد ما لقاعدة أخذ رضا المريض من أهمية ويهدم كل أثر قانونى لها [٤] .

فمخاطر العلاج يتحمل بها الطبيب أو المريض بحسب الأحوال ويكون لعدم أخذ رضاء المريض بالعلاج من الأثر ما للاعذار من حيث نقل تبعة المخاطر من عاتق الدائن إلى عاتق المدين [٥] .

= ص٧ ، ديفلو ١٢٦ ، نيجر ١٠٢ ، ديبوا فى دالوز ١٩٣٦–٢–٩ ، لاكاس بند ١٥١ ، روديه ص ٧٤ . قارن لالو طبعة ٢ بند ٣٣٩ ، وجوسران فى دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ ص ١ ، وأندريه جاك — الاتفاقات الخاصة بجسم الانسان — المجلة الانتقادية ١٩٣٣ ص ٣٦٢ ؟؟ .

(١) جارو ولابورد لاكوست — المرجع السابق ص ٢١٣ و ٢٥١ .
قارن على بدوى ص ٤١٢ و ٤١٣ .

(٢) راجع فى بحث علاقة السببية — بلانيول واسمان ج ٦ بند ٥٣٨ ؟؟ ومازو ج ٢ بند ١٤١٧ ؟؟ .

(٣) ديبوا تعليقاً على سين فى ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ دالوز ١٩٣٦–٢–١٠ .

(٤) ديبوا المرجع السابق فى نفس الموضع .

(٥) مازان ص ١٣١ ، ديبوا المرجع السابق فى نفس الموضع ، هيرتز — الرضاء بالعمليات — رسالة طبية بوردو ١٩٣٣ ص ٧ ؟؟ .

وقضاء المحاكم الذى ثبت فى هذا المعنى يثير بعض ملاحظات جديرة بأن تستلفت نظر الباحث .

فمن ناحية تميل بعض المحاكم إلى التفرقة بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية فى هذا الصدد ، وتقرر أن عدم أخذ رضاء المريض إن كان يوجب مسئولية الطبيب المدنية فهو لا يوجب مسئوليته الجنائية ، لأن المادة ٢٣٨/٣١٩ع تفترض أن يكون الإهمال الذى يسأل عنه الطبيب قد وقع منه أثناء إجراء العملية ذاتها لا أى إهمال يقع منه خارج العملية ، و بعبارة أخرى إن كان عدم قيام الرضاء الصحيح يصلح أساساً للتعويض المدنى فهو لا يصلح أساساً للمسئولية الجنائية عن الضرر الحادث من العلاج ما لم يقترن بخطأ آخر يكون سبباً لهذا الضرر[١] .

والذى يعيب هذا القضاء فى نظرنا هو أنه يدعو إلى تفرقة لا مبرر لها بين الخطأ المدنى والخطأ الجنائى ، ويثبت علاقة السببية تارة وينكرها تارة أخرى ، ولعله مما يثير الدهشة أن المحاكم التى رفضت نظرية تحمل التبعة[٢] تقر نظرية قبول المخاطر[٣] ، فيصبح لقبول المخاطر من الأثر فى الحد من المسئولية ما ليس لإنشائها من الأثر فى خلقها[٤] .

ولكن هل تتقيد المسئولية حقاً بقبول المريض لمخاطر العلاج ؟

---

(١) الجزائر ١٨٩٤/٣/١٧ سيرى ١٨٩٥ــ٢ــ٢٣٧ والتعليق وداللوز ١٨٩٥ــ٢ــ٦٩ والتعليق، ليون ١٥ ديسمبر سنة ١٨٥٩ سيرى ١٩٠٩ــ٢ــ٣٢١ ؛ اكس ١٩٠٦/١٠/٢٢ داللوز ١٩٠٧ــ٢ــ٤١ ، جنايات الاسكندرية فى ١٩٤١/٢/٢٥ فى القضية رقم ٣٤٠ مركز الطارين سنة ١٩٣٨ ، ميرنياك فى داللوز ١٩٠٧ــ٢ــ٤٢ رقم ١ ، رالييه ص ٩٥ ، جاردنا وريتشى ص ٣١٤ بند ٢٠٥ ، ديفلو ص ١٢٦ ، على بدوى ص ٤١٢ .

(٢) risque crée .

(٣) لالو طبعة ١٩٢٨ بند ١٣١ و ١٣٢ .

(٤) جوسران — شخص الإنسان فى المعاملات القانونية ــ داللوز الأسبوعى ١٩٣١ ص ١ ؛؛ أنظر ص ٣ حيث يقول . **Voila que le risque impuissant à faire naitre la responsabilité va pouvoir en revanche l'atténuer ou même l'éliminer? Inapte à jouer le rôle positif il va remplir la fonction d'un frein; c'est à peu près comme si la faute en était réduite à éteindre ou à atténuer la responsabilité sans être à même de la faire naitre.**

الواقع أن القول بهذا يفترض أن المسئولية عن هذه المخاطر كانت أصلا على عاتق الطبيب فانتقلت إلى عاتق المريض برضائه أو بعبارة أخرى أن المريض بقبوله العلاج قد أعفى الطبيب من المسئولية عن مخاطره . ولكن أليس مما يدعو إلى الدهشة أن يعطى لهذا القبول من الأثر ما ليس لاتفاقات الإعفاء من المسئولية[١] . أليس فى هذا القول ما يمس قاعدة أساسية من قواعد القانون المدنى وهى أن سلامة جسم الإنسان ليست محلا للتعامل ؟

الواقع أن من يحلل قضاء المحاكم يجد أن هذا المبدأ لم تعد له من القدسية ما كانت له منذ نصف قرن[٢] ، فلقد أخذت المحاكم تقيد مفهومه استناداً إلى فكرة معرفة الشخص لمدى المخاطر التى يعرض نفسه لها ، فأعفت اللاعب من المسئولية عن الأضرار التى يصيب بها من ينازله ، وقائد السيارة عما يصيب الراكب فيها بغير أجر ، ومنظم الملهى عما يصيب الجمهور ، وأخيراً الطبيب عما يصيب المريض من مخاطر العلاج ، فاعتبرت المشترك فى الألعاب الرياضية والراكب فى السيارة واللاعب فى الملهى والمريض ، كلا قد قبل تحمل المخاطر التى ارتضى تعريض نفسه لها[٣] .

والذى يمكن أن نستخلصه من هذا القضاء أنه فرق بين المخاطر بحسب مشروعيتها ، وجعل لقبول المجنى عليه أثره فيما يتعلق بالمخاطر المشروعة فحسب[٤] ؛ فإذا كانت المهنة الطبية مثلا قد دعت إلى إقرارها ضرورة حفظ كيان الأجسام

---

(١) جوسران نفس المرجع السابق .

(٢) جوسران مقالة فى دالوز الأسبوعى تحت عنوان شخص الانسان فى المعاملات القانونية ص ١ ؛؛ أنظر ص ٢ .

(٣) جوسران المرجع السابق ص ٢ و ٣ ، مرسيليا ١٩٣٠/٥/٥ دالوز الأسبوعى ١٩٣٠ — ٣٨٩ ، جراحة التجميل باريس ١٢ مارس سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣١ — ٢٥٩ ، استئناف مصر فى ٢ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية سنة ١٩١٤ رقم ٢٣ وقد جاء فى حيثياته « لا يلزم المخدوم بتعويض عن وفاة الخادم الذى يقبل وظيفة عندما فى طبيعتها شىء من الخطر أو يعرض نفسه إلى الخطر لأن الموظف الذى يقبل الالتحاق بوظيفة من شأنها تعريض صاحبها للخطر يكون قابلا حتما لكل ما ينشأ له من الضرر فى أثناء تأديتها . »

(٤) لالو طبعة ١٩٢٨ بند ١٣١ ، ١٣٢ .

وترقية الصحة العامة فإن وسائل العلاج تنطوى أكثرها على مخاطر لا بد أن يتعرض لها المريض فى سبيل شفائه ، وهى مخاطر — على ما فيها من مساس بجسم الانسان — فإن القانون يقرها بضرورة إقراره للفن الطبى .

وهذه المخاطر إما أن يتحملها المريض أو الطبيب ، ولا شك أن تفسيراً صحيحاً للارادة المشتركة ينتهى إلى وضعها على عاتق المريض كلما كان قد صدر منه رضاء صحيح بالعلاج الذى باشره الطبيب (١) . فمتى يعتبر الرضاء بالعلاج صحيحاً ؟ وهل يشترط أن يكون المريض كامل الأهلية حتى يعتد برضائه ؟ .

كلا ، فليس هناك ارتباط بين الأهلية فى قبول العلاج والأهلية شرعاً (٢) . فرضاء المريض لا يغنى عنه قبول غيره طالما أنه قادر على التعبير عن إرادة صحيحة فإذا كان القانون قد حد من أهلية القاصر والمجنون والمعتوه فى الالتزام لأنه قدر أن قوة إدراكهم لم تنضج فإنهم بتعريض أنفسهم لمخاطر العلاج لا يلتزمون بشىء وإنما يعبرون عن حقهم الطبيعى فى التصرف فى أجسامهم لغاية مشروعة هى التخلص من المرض . فللرضاء بالعلاج يكفى أن يكون المريض قادراً على إدراك ظروفه

---

(١) والتفرقة بين المخاطر المشروعة والمخاطر غير المشروعة هى التى انتهت بالمحاكم إلى ايجاب المسئولية على عاتق الطبيب الذى يجرى على جسم المريض تجارب لاتدعو اليها حالته الصحية بغض النظر عما إذا كان المريض قد قبل تعريض نفسه لتلك المخاطر . تعليق ميرنياك فى دالوز ١٩٠٧—٢—٤٢ ، جراى ٢٩/٧/١٨٧٣ سيرى ١٨٧٤—٢—٥٨ ودالوز ٧٤—٥—٤٣٦ ، ليون ١٥/١٢/١٨٥٩ سيرى ١٩٠٩—٢—٣٢١ ، سويسرا ١٠/٦/١٨٩٢ سيرى ١٨٩٢—٤—٣٨ ، ليون ٢٧/٦/١٩١٣ دالوز ١٩١٤—٢—٧٣ ، ريبير — المجلة الانتقادية ١٩٠٨ ص ١٠٠ .

قارن باريس ٤ مارس ١٨٩٨ دالوز ٩٨—٢—٤٤٩ .

(٢) ساهو ص ٧٣ ، رالييه ص ٩٣ ، لاكاس بند ١٦٧ ، مازان ص ١٣٨ ، ديفلو ص ١٢٧ ، روديه ص ٧٧ ؛؛ اندريه جاك — المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٣ ص ٣٨٨ ، جارو ولا بورد لاكوست — المجلة العامة للقانون سنة ١٩٢٦ بند ٨ ص ١٣٥ ؛؛ المسئولية الطبية حونديودى فابر وزملاؤه فى النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤١٢ ؛؛ و ص ٤١٥ ،

Colin. Conférence à la Société de l'internat des hopitaux de Paris. (Voir Presse Médicale No. du 25 Mars 1911. P. 232.)

قارن ما يقوله الأستاذ الشيخ محمد على النجار فى مقاله حول مسئولية الأطباء بمجلة الأزهر المجلد ٢ ، ص ٥١ حيث يشترط أن يكون الإذن بالعلاج صادراً من حر بالغ عاقل .

والمخاطر التي يتعرض لها من جراء المرض ومن جراء العلاج ؛ ولا أهمية لكونه ناقص الأهلية فى نظر القانون. ولا غرو فإن المشرع نفسه فرق بين الأهلية الجنائية والأهلية المدنية ، وهو ما يثبت أن الشخص قد تكون له القدرة على التمييز بين الخير والشر قبل أن يكون فى استطاعته تقدير أهمية التصرف القانونى الذى يجريه. والحال عندنا بالمثل حيث لا يتطلب أن يكون للشخص من الأهلية أكثر من الأهلية اللازمة لتقدير أهمية العلاج ومناسبته . ولما كان المشرع لم يحدد سنا معينة لذلك فإن المسألة تبقى مسألة موضوعية يقدرها الطبيب طبقاً لظروف الحال ، فإذا ظهر له أن القاصر قادر على التعبير عن إرادة صحيحة فلا يجوز له أن يجرى علاجا رغم إرادته ولو دعاه والده إلى إجرائه[1] . و بالعكس إذا ظهر له أن المريض طفل لا يقدر خطورة حالته وأهمية العلاج بالنسبة له فلا تثريب عليه إن هو تجاوز عن رأيه ، ولكن عليه أن يأخذ رضاء أهله الأقربين ممن يستطيعون تمثيله فى هذا الشأن[2] .

---

(١) تقرير دونيودى فابر فى مؤتمر الطب الشرعى السادس عشر — النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ — المسئولية الطبية ص ٤٢٤ ، مازان ص ١٣٩ ، ديفلو ص ١٢٧ ، بلانش روديه ص ٧٨ و ٧٩ ، رأى الجمعية الاستشارية للاسعاف المنعقدة فى باريس فى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٠٠ مذكور فى مانش ص ١٦٢ وهامش ٣ ، برو ص ١٢٦ .

Guenot. Du consentement nécessaire au médecin pour pratiquer une opération chirurgicale, thèse 1904 P. 37 & 38.

(٢) ليون ١٨٥٩/١٢/١٥ سيرى ١٩٠٩—٢—٣٢١ ، ليبج ١٨٩٠/٧/٣٠ بلجيكا القضائية ١٨٩١—٦٩٩ ، الجزائر ١٨٩٤/٣/١٧ سيرى ١٨٩٥—٢—٢٣٧ ، اكس ١٩٠٦/١٠/٢٢ دالوز ١٩٠٧—٢—٤١ بازيكريزى ١٩٠٧—٤—٣٧ ، مازان ص ١٤٠ ، وروديه ص ٧٩ .

قارن — ليبج ١٨٨٩/١١/٢٧ بلجيكا القضائية ١٨٩٠—٤٧١ سيرى ٩٥—٢—٢٣٧ هامش أ ، وباريس ١٩٢٣/٦/٢٨ دالوز ١٩٢٤—٢—١١٦ ، وقد قرر أنه لابد من رضاء المريض أو من له السلطة عليه . وبلانيول وأسمان جـ ٦ بند ٥٢٦ وهو يقرر أنه يجب أخذ رضاء المريض أو من عليهم الاشراف عليه .

عكس مانش ص ١٦٣ و ١٧١ ، وهو يرى أن الرضاء بالعلاج حق شخصى للمريض نفسه فلا يستعمله عنه غيره فإن لم يكن أهلا لاستعماله فالطبيب بحكم درايته وفنه هو الذى يقدر مايلزم له من علاج وله فى ذلك أن يتجاوز عن رضاء الوالدين أو الزوج ، وبرو ص ١٢٤ ؛ وهو إذ يتمشى مع منطقة من حيث عدم استلزام أخذ رضاء المريض بالعلاج يقرر أن استلزام =

وإذا كان حق الأب فى المحافظة على صحة أبنائه حق مطلق بحيث لا يجوز للطبيب أن يخالف رأيه طالما أن الابن ليس له قول يعتد به فقد ثار البحث فى فرنسا فى حق الزوج بالنسبة لما يجرى على زوجته من أنواع العلاج ؛ والرأى عندنا أن العبرة برضاء الزوجة نفسها إذ ليس بمستساغ أن نفترض أنها بعقد الزواج قد تنازلت عن حقها الطبيعى فى المحافظة على صحتها وهو ما انتهت إليه اللجنة الادارية للمستشفيات فى بروكسل إذ قررت أن رضاء الزوجة يكفى لمباشرة ما تتطلبه حالتها من أنواع العلاج بغض النظر عن معارضة الزواج[1] .

وقد يدق الأمر أحياناً فى عمليات الولادة حيث يكون الطبيب بين أمرين، إما أن يضحى بالجنين حفظاً لحياة أمه ، وإما أن يحافظ عليه فيضحى بها ، وقد يرى الزوج بما له من حقوق ابنه غير ما تراه زوجته ، فماذا يفعل الطبيب ؟ يبدو لنا أنه يجب تغليب رأى الزوجة التى لا تطلب إلا حقها الطبيعى فى أن تعيش وليس للزوج أن يعترض بما فى ذلك من تضحية لجنين لم ير بعد نور الحياة[2] .

وإذا كان المريض مصاباً بحالة جنون فقد يكون من اللازم أخذ رضائه فى وقت إفاقته ، أما فى الفترات التى يكون فيها تحت تأثير نوبة من نوباته الجنونية فعلى الطبيب أن يأخذ برأى عائلته أو ذوى القوامة عليه[3] .

=أخذ رضاء والديه يخولهم سلطة لا سند لها من القانون ويخلق صعوبات كثيرة ليس من الميسور تذليلها .

(١) هيرتز ص ١١ ، بروص ١٣٩ ، مازان ص ١٤٢ ، نيجرص ١٠٧ ، دونديودى فابر فى التقرير المقدم لمؤتمر الطب الشرعى ١٦ النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤١٥ و ٤٢١؟؟ بلانش روديه ص ٨ ، مانش ١٦٣ و ١٦٤ ، سافاتييه بند ٧٨٥ ص ٤٠٢ ، تولوز ١٩٣٢/١٠/٢٦ دالوز ٣٣ـ٢ـ١٠٧.

(٢) لاكاس بند ١٦٨ .قارن مازان ص ١٤٣ وبلانش روديه ص ٨١ .

(٣) تعليق ميدا كوفيتش على تقرير دونديودى فابر وزملائه المقدم إلى المؤتمر الطبي السادس عشر — النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٧١٦ و ٧١٧ ، بلانش روديه ص ٨٢ .

قارن لاكاس بند ١٦٨ فى الآخر .

عكس مانش ١٦٩ فى الآخر و ١٧٠ ، وبرو ص ١٤١؟؟

وليست هناك قاعدة محددة مفروض احترامها على الأطباء فالنصوص القانونية لا تتمشى دائماً مع ضرورات المهنة الطبية وعلى الطبيب أن يسترشد دائماً بما يوحى به ضميره بغض النظر عن القواعد القانونية كلما وجد نفسه أمام حالة تستدعيه أن يتصرف على وجه معين إنقاذاً لحياة مريض بين يديه ، ويحسن بالطبيب — إذا كان العلاج الذى يراه لازماً للحالة ينطوى على مخاطر جدية — أن يستنير برأى بعض زملائه ليتجنب مواطن الزلل . وإذا كنا قد قررنا أن الطبيب عليه أن يأخذ رأى أهل المريض ممن يستطيعون تمثيله ، فإنا لم نقصد بذلك الإحالة على قواعد الولاية والقوامة[1] ، فإن حق الانسان على جسمه حق شخصى بحت وهو يتميز عن سائر الحقوق فلا يخضع للقواعد المدنية ؛ فاذا كان المريض قادراً على التمييز وأهلا لفهم أهمية العلاج فعلى الطبيب أن يلتزم حدود رأيه ، وإلا فعليه أن يسترشد لا برأى أصحاب السلطة عليه شرعاً فحسب بل برأى من تربطه بهم تلك الرابطة الانسانية الوثيقة رابطة المحبة والقرابة[2] .

ولا يكتفى الفقه والقضاء بأن يكون الرضاء قد صدر من ذى أهلية وممن له صفة بل هما يذهبان إلى أبعد من ذلك فيقتضيان أن يصدر هذا الرضاء من المريض وهو حر الإرادة عالم بحالته وبما ينطوى عليه العلاج من خطر ، أو بعبارة أخرى يجب على الطبيب قبل أن يباشر العلاج أن يشرح للمريض أو لأهله العلة التى يشكو منها ويبين لهم وجه الضرورة فى العلاج الذى اختاره ودرجة احتمال نجاحه[3] .

---

(١) قارن ساهو ص ٧٣ ، ومونتبلييه ١٥/١٢/١٩٠٩ جازيت باليه ١٩١٠—١—١٨٧

(٢) والواقع أن ما قلناه يتفق مع كون استلزام أخذ رضاء المريض بالعلاج قاعدة أنشأها القضاء دون أن يستلهم فيها نصاً من نصوص القانون الوضعى . فطبيعى أن يكون المرجع فى تحديدها وبيان أركانها إلى ما اضطرد عليه القضاء ذاته .

(٣) اكس ٢٢/١٠/١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧—٢—٤١ بازيكريزى ١٩٠٧—٤—٣٧ ، ريس ٢٢/١/١٩١٣ دالوز ١٩١٩—٢—٧٣ وسيرى ١٨—٢—٩٧ ، باريس ٢٨ يونيو سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤—٢—١١٦ ، باريس ١٢ مارس سنة ١٩٣١ دالوز ١٩٣١—٢—١٤١ ودالوز الأسبوعى ١٩٣١—٢٥٩ ، باريس ١١/٥/١٩٣٧ سيرى ١٩٣٨—٢—٧١ ودالوز الأسبوعى ٣٧—٣٤٠ ، مارتان ص٨٣ ، سافاتييه ج٢ بند ٧٨٢ ص ٣٩٨ .

هل معنى ذلك أن الفقه والقضاء يتطلبان أن يكون الرضاء قد صدر عن بينة تامة واختيار مطلق ؟

لا يبدو أن الأمر كذلك فكثيراً مالا يكون من حق المريض أن يرفض العلاج بغير أن يعرض نفسه للعقاب أو على الأقل للمسئولية المدنية ولا يمكن فى مثل هذه الأحوال القول بأن المريض يتمتع بحرية الاختيار . بل ولا يمكن القول بأنه يتمتع بهذه الحرية حتى فى الأحوال العادية حيث لا يكون أمام المريض من من سبيل للتخلص من آلام المرض سوى قبول العلاج ومع ذلك فإن هذا الضغط على إرادة المريض لا يعيبها أكثر مما يعيب الخوف الأبوى إرادة الإبن فيما يبرمه مع والده من عقود [1] .

= بلانش روديه ص ٤٧٣؛ محمد على إمام ص ٣٠٢ ، ساهو ص ٧٠ و ٧١ ، ميرنياك فى دالوز ١٩٠٧ــ٢ــ٤١ ، بلانيول واسمان ج ٦ بند ٥٢٦ .

(١) ديبوا فى دالوز ١٩٣٦ــ٢ــ١٠ .

قارن — جنايات الاسكندرية فى ١٩٤١/٢/٢٥ فى القضية رقم ٢٣٤٠ مركز العطارين سنة ١٩٣٨ فى قضية تلخص ظروفها فى أن شخصاً عرض زوجته على أحد الأطباء للكشف عليها إلا أنها لدى مقابلتها للدكتور أبت الكشف عليها فهددها الزوج بالطلاق وأوهمها الدكتور بأنه سيعطيها حقنة نقط فقبلت تحت هذا التأثير غير أن الطبيب أعطاها مخدراً ولما أن أفاقت منه وجدت الدم يسيل من رحمها ، فأفهمت الطبيب بأنه أجهضها . وقد جاء فى حيثيات الحكم :

حيث إن ... القاعدة المسلم بها فقها وقضاء أنه يجوز للطبيب قياما بوظيفته المرخص له بها وفى سبيل المحافظة على صحة أفراد المجتمع اتخاذ ما يلزم من وسائل التطبيب بقصد علاج المرضى على شريطة أن يرضى المريض بهذه الوسائل رضاء غير مشوب وأن يباشر عمله فى حدود قواعد المهنة الطبية فإذا خالف هذه السنن أصبح منتهكا لمحارمها مسئولا عن تعويض الأضرار التى نشأت عن فعله .

وحيث إن الدكتور ... أجرى الكشف على المجنى عليها بغير رضاها أو على الأقل تحت تأثير إكراهها من زوجها وخداعه هو لها ووضعها تحت مخدر وكشف عليها بمنظار فى حالة يحتمل معها أنها حامل مع علمه بهذا الاحتمال وترتب على تصرفه هذا أن حصل نزيف لها نقلت بسببه الى المستشفى وظلت فيه زمناً أجريت لها فيه عملية تفريغ الرحم وهو بهذا التصرف يعد خارجاً على قواعد المهنة الطبية وواجباته كطبيب .

قارن أيضاً سين ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت باليه ١٩٢٩ــ١ــ٤٢٤ وقد قررت أن مجرد الإقدام على إجراء عملية لا تدعو إليها ضرورة صحية يعتبر من قبيل الخطأ . ولا يقدح من ذلك ادعاء الطبيب أن التشويه الجسمانى كان قد هبط بنفسية المجنى عليها الى حد أنها هددت بالانتحار إن =

والظروف التى تؤثر على إرادة المريض تأخذ صوراً متعددة ، فأحيانا يفرض الشارع عقوبة على من يرفض علاجاً يرى لزومه للوقاية من وباء أو لحفظ الصحة العامة أو لتمكين الشخص من أداء وظيفته لخدمة المجتمع وأحيانا يكون الالتزام بقبول العلاج مصدره العقد .

ولقد أقرت المحاكم بوجود هـذا الالتزام فى ظل قانون حوادث العمل وقررت تخفيض التعويض الذى يستحقه المصاب أو الغاءه إذا كان رفضه للعلاج تحكمياً ، وبالمثل فإن كثيراً من الأحكام تخفض التعويض بالقـدر الذى كان ليستفيده المصاب لو لحقتـه يد العناية الطبية التى رفضها [١] . ففى جميع هـذه الأحوال يعتبر الضغط المالى على شخص المريض من العوامل المشروعة التى تفقده نصيباً من حرية اختياره طالما أن العلاج ليس فيه خطر جدى على حياته [٢] وطالما أن الطبيب قد أحاطه بكل الضمانات التى تعطيه أكبر فرصة لنجاحه .

ونفس المبادىء تطبق فى الأحوال التى يكون الجزاء على رفض العلاج فيها تعاقدياً كما هى الحال فى التأمين ضد المرض أو الحوادث .

فهناك إذن شىء من المغالاة فى اشتراط أن يكون الرضاء حراً [٣]، ونفس الملاحظة تنطبق على اشتراط أن يكون الرضاء عن بينة تامة .

= هو لم يقبل إجراء العملية لها، فإن هذا الظرف على فرض وجوده لا يدل إلا على أنها كانت فى حالة فقدت معها اختيارها وأن رضاءها لم يكن لا عن تقدير ولا عن اختيار.

(١) رن ١٠/١٢/١٩٠١ دالوز ١٩٠٢—٢—٢٩٩ ؛ دويه ١٠/٤/١٩٠٥ دالوز ١٩١١—٢—٢٠٦ ، جرينوبل ١٥/٤/١٩٠٥ دالوز ١٩١١—٢—٢٠٦ ، نقض عرائض ١٥/٢/١٩١٠ سيرى ١٩١٠—١—٣١٠ ، نقض مدنى ١٦/١٢/١٩١٢ سيرى ١٩١٣—١—١٤٢ ، عرائض ٣٠/١٢/١٩١٢ دالوز ١٩١٣—٥—٤٤ ، دوند يودى فابر النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ المسئولية الطبية ص٤٢٥ ، Dr. Ribeiro. Le droit de guérir. Annal. de Médecine légale 1932 p.612 et 1935 p.76. - Dr. Olivier et Piedelièvre : A propos du droit de guérir Ann. de méd. leg. 1933 p.40

(٢) جارو ولابورد لاكوست المرجع السابق ص٢١٦؛؛ مازو جـ ٢ بند ١٤٧٤؛؛ ديبوا دالوز ١٩٣٦—٢—١٠ .

(٣) ديبوا دالوز ١٩٣٦—٢—١٠ .

لاشك أن عدم تنبيه المريض إلى مخاطر العلاج يجعل رضاءه مشوبا بغلط دافع إن لم يكن بالغش ومن ثم يكون العقد باطلا بطلانا نسبياً ويكون الطبيب مسئولا لأن حصوله على رضاء مشوب بالغلط ليس بأكثر قيمة من إغفاله أخذ رضاء المريض بالكلية [١] لكن لايعتبر الطبيب مسئولا لمجرد خطئه فى تقدير نتائج العلاج الذى ارتضاه المريض طالما أنه اتبع أصول الفن ولم يخطىء فى العناصر التى بنى عليها تقديره [٢] .

وإذا كان على الطبيب أن ينبه المريض إلى أخطار العلاج فليس هذا الالتزام مطلقاً لأنه يعترضه من الناحية العملية :

أولا — جهل المريض بأصول الفن الطبى .

ثانياً — حالته النفسية .

لذلك قررت المحاكم أن لاضرورة تلزم الطبيب بإعطاء المريض تفصيلات فنية عن العلاج [٣] ويكفيه أن يبين له الغرض منه والنتائج المحتملة له . ومن جهة أخرى يجب على الطبيب أن يراعى حالة المريض النفسية فلا يشرح له من أخطار العملية ماقد يهبط بحالته النفسية ويجعلها أكثر استهدافا لمضاعفاتهـا لاسيما إذا كانت العملية هى الأمل الوحيد فى إنقاذ حياته . فعلى الطبيب واجب إنسانى

---

(١) نيس ١٩٠٥/٦/٢٣ سيرى ١٩٠٩—٢—٣٢١ ، اكس ١٩٠٦/١٠/٢٢ دالوز ١٩٠٧—٢—٤١ وبازيكريزى ١٩٠٧—٤—٣٧ ، باريس ١٩١٣/١/٢٢ سيرى ١٨—٢—٩٧ ودالوز ١٩١٩—٢—٧٣ ، باريس ١٢ مارس سنة ١٩٣١ سيرى ١٩٣١—٢—١٢٩ ودالوز ١٩٣١—٢—١٤١ ودالوز الأسبوعى ١٩٣١—٢٥٩ ، نقض ١٩٣٣/١٠/٣١ سيرى ١٩٣٤—١—١١ ودالوز الأسبوعى ١٩٣٣—٥٣٧ ، سين ١٩٣٧/٣/١٥ جازيت باليه ١٩٣٧—٢—٣٧٩ ، ديبوا فى دالوز ١٩٣٦—٢—١٠ .

(٢) وهو ما قررته محكمة استئناف باريس فى ٢٠ نوفبر سنة ١٩٢٤ جازيت باليه ١٩٢٥—١—١٦٦ .

(٣) ليبج ١٨٨٩/١١/٢٧ دالوز ٩١—٢—٢٨١ وبلجيكا القضائية ١٨٩٠—٤٧١ ، ليبج ١٨٩٠/٧/٣٠ دالوز ٩١—٢—٢٨١ بلجيكا القضائية ١٨٩١—٦٩٩ ، هونديودى فابر النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١—٤٢٠ ، ديفلو ص١٢٨ ، جاردنا وريتشى ص ٣١٤ رقم٢٠٤ ، سافاتييه ج٢ بند ٧٨٢ ص٣٩٨ .

يحتم عليه أن يدخل الثقة فى نفس المريض ويمحو من ذهنه المخاوف التى ليس من شأنها إلا أن تزيد حساسيته لمخاطر العلاج [١] . وهكذا تتدخل الاعتبارات الإنسانية لتخلق إلى جانب القاعدة القانونية دائرة يتسامح فيها ، وعلى القضاة أن يقدروا ظروف كل حالة على حدة ليوازنوا بين حق المريض فى أن لايمس جسمه إلا برضاه و بين واجب الطبيب فى أن يحافظ على حالته المعنوية ليساعد الطبيعة على مقاومة المرض .

وتشعر الأحكام بأن المحاكم تتشدد فى التزام الطبيب بتنبيه المريض لأخطار العلاج كلما زادت هذه الأخطار أو ابتعدت غاية العلاج عن شفاء المريض [٢] فقضت محكمة استئناف باريس مثلا فى ١٢ مارس سنة ١٩٣١ [٣] بأنه إذا كانت

---

(١) بروكسل ٤ يونيه سنة ١٩٢٣ juris-classeur civil. Responsabilité médicale 2e. fascicule. No 1-112 عرائض ٣١/١٠/١٩٣٣ دالوز الأسبوعى ١٩٣٣ ـ ٥٣٧ ، لانيون ١٩/١٢/١٩٣٢ جازيت باليه ١٩٣٣ ـ ١ ـ ٣٣٩ ، أميان ١٤/٢/١٩٠٦ سيرى ١٩٠٩ ـ ٢ ـ ٢٢٥ وتعليق بيرو ، فالك المرجع السابق ص ٦٣٠ ، ديفلوس ١٣٠ ، ديبوا فى دالوز ١٩٣٦ ـ ٢ ـ ١٠ ، نيجر ص ١٠٠ و١٠١ ، راليه ص ٨٦ ؛؛ بلانيول واسمان ج٦ بند ٥٢٦ ، سافاتييه ج٢ بند ٧٨٢ ، ديموج ج ٦ بند ١٨٠ ، بينار مذكور فى مانش ص ١٦٧ ، مارتان ص ٨٢ ، مازان ص ١٤٦ ؛؛ لاكاس بند ١٥٥ ، بلانش روديه ص ٨٦ ؛؛ المجلة الفصلية سنة ١٩٠٧ ص ١٠٥ .

قارن باريس ١٢/٣/١٩٣١ دالوز ١٩٣١ ـ ٢ ـ ١٤١ وتعليق جان لو ودالوز الأسبوعى ١٩٣١ ـ ٢٥٩ وسيرى ١٩٣١ ـ ٢ ـ ١٢٩ وتعليق بيرو .

(٢) بلانيول وإسمان ج ٦ بند ٥٢٦ ، ديفلو ص ١٢٤ و ١٢٥ ، روديه ص ٨٩ ، مارتان ص ٨١ ؛؛ سافاتييه بند ٧٨٢ ، شاتوتيرى ٧ يونية ١٩٠٥ سيرى ١٩٠٩ ـ ٢ ـ ٢٢٥ ودالوز ١٩٠٥ ـ ٥ ـ ٤١ ، وقد قررت أنه فى غير الأحوال العادية التى تكون فيها حياة المريض مهددة بالخطر يتحتم على الطبيب أن ينبه المريض ليس فقط للأخطار التى يتضمنها العلاج بل عليه أن ينبهه إلى أنه يمكن أن يعيش بحالته دون أن يتعرض لخطر ما ، وهذا الالتزام يزداد أهمية كلما إزدادت المخاطر الناشئة عن العلاج .

نيس ٢٣/٦/١٩٠٥ سيرى ١٩٠٩ ـ ٢ ـ ٣٢١ ، باريس ١٢/٣/١٩٣١ دالوز ١٩٣١ ـ ٢ ـ ١٤١ ودالوز الاسبوعى ١٩٣١ ـ ٢٥٩ وسيرى ١٩٣١ ـ ٢ ـ ١٢٩ ، نقض ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ سيرى ١٩٣٤ ـ ١ ـ ١١ ودالوز الأسبوعى ١٩٣٣ ـ ٥٣٧ ليون ٣/١/١٩٣٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ ـ ١٢٧ .

(٣) باريس ١٢ مارس سنة ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ ـ ٢ ـ ١٤١ .

جراحة التجميل تخضع للقواعد العامة فذلك بشرط أن ينبه الجراح من يريد إجراء عمليـة تجميل له إلى جميع المخاطر التى يتعرض لها ويحصل منه على قبول صريح بها .

وإذا كان التزام الطبيب بإحاطة المريض بأخطار العلاج يتقيد فى الأحوال العادية بما توجبه مصلحة المريض من عـدم إحاطته بما قد يهبط بروحه المعنوية فإن مصلحة المريض نفسه توجب أحيانا أن يباشر الطبيب العلاج قبل أخذ رضاء المريض به وذلك يكون :

ثانيا — اذا كان المريض فى حالة لا تسمح له بالاعراب عن رضائه بالعلاج وكانت هناك ضرورة تدعو الى سرعة القيام به [(١)] :

فقد يحصل أن يدعى الطبيب لعلاج شخص أصيب فى حادثة فقد معها وعيه ويكون إسراعه بالعلاج هو الأمل الفـذ لإنقاذ حياته فهل يقف مكتوف اليدين لأنه لا يستطيع أخذ رضائه ولا من يمثله ؟

لا شك أن مصلحة المريض ذاتهـا توجب الخروج على القواعد العامة فيكون من حق الطبيب أن يتجاوز عن أخذ رضاء المريض [(٢)] إذ المفروض أنه

---

(١) لييج ١٨٩٠/٧/٣٠ بلجيكا القضائية ١٨٩١—٦٩٩ .

(٢) بلانش روديه ص ٩١ ، سافاتييه ج ٢ بند ٧٨٢ ص ٣٩٩ و ٧٨٥ ص ٤٠٢ ، ديبوا فى دالوز ١٩٣٦—٢—١١ ، مازو ج ٢ بند ١٤٩٣ هامش ٣ ، بلانيول واسمان ج ٦ بند ٥٢٦ ، ديموج ج ٦ بند ١٨٠ ، دونديودى فابر المرجع السابق ص ٤٢٠ ، لاكاس بند ١٥٦ ، مازان ص ١٥٠ ، مانش ص ١٦٢ ، راليبه ص ٩٤ ، ديفلو ص ١٢٧ ؛؛ نيجر ص ١٠٢ ، ربيير المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٨ ص ١٩٩ ، ديلبت مجلة باريس ١٩١١/٣/١ ص ٤٠ و ٤١ ، جان لو فى دالوز ١٩٣١—٢—١٤١ ، جارو ج ٥ بند ١٩٨٥ ، جندي عبد الملك ج ٥ ص ٨٣٣ رقم ٣٤٠ .

وقد عرض العلامة ابن القيم لهذه المسألة فى مبحث « جريان العرف مجرى النطق » ج ٢ ص ٢٢ إذ قال بعد كلام طويل فيما جرى فيه العرف مجرى النطق ومنها لو رأى شاة غـيره تموت فذبحها حفظاً لماليتها عليه كان ذلك أولى من تركها تذهب ضياعاً ، وإن كان من جامدى الفقهاء من يمنع ذلك ويقول : هذا تصرف فى ملك الغير ولم يعلم هذا اليابس أن التصرف فى ملك الغير إنما حرمه الله لما فيه من الإضرار به ، وترك التصرف هاهنا هو الإضرار . ومنها=

لو كان المريض فى وعيه لدفعته غريزة حب البقاء إلى الرضاء بما يقدمه له الطبيب من إسعافات .

والحال بالمثل إذا ظهر للجراح أثناء مباشرة عمليــة جراحية رضى بها المريض مايدعوه إلى إجراء عملية أخرى رأى ضرورة إجرائها حالا وكان فى إرجاء عملها حتى يفيق المريض ويستحصل على رضائه خطر على حياته وهو ماقضت به محكمة استئناف باريس فى ٢٨ / ٦ / ١٩٢٣ (١) .

= لو استأجر غلاماً فوقعت الأكلة فى طرفه فتيقن أنه لم يقطعه سرت إلى نفسه فمات جاز له قطعه ولا ضمان ... فإذا كان إذن السيد واجباً فى أى عمل يراد إجراؤه للغلام فإنه قد سقط اعتباره لموضع العرف وللضرورة خوف السريان فشــله للشخص المريض الذى يحتم الحال أن يداوى بأى دواء أو يعمل له أى عمل وليس من الممكن الحصول على إذن من يملك الاذن والعرف يقضى بأن مداواة هذه الحال خير من الإهمال بل إن العرف جرى على لوم من يقصر لعدم الإذن وأخذه بالمذمة لتراخيه فى أمر كان من الواجبات وكان من المحتمل أن ينقذ حياة ينعم فى ظلالها من كانوا يعيشون فى كنفها .

وقد عرض ابن حزم لهذا الموضــوع أيضاً (المحلى لابن حزم ج ١٠ ص٤٤٤) فى بحث مسألة من يقطع يدا فيها آكلة أو يقلع ضرساً بغير إذن صاحبها .

قال : قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان . وقال تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليــكم » فالواجب استعمال هذين النصين من كلام الله تعالى فينظر فإن قامت بينة أو علم الحاكم أن تلك اليد لا يرجى لها برء ولا توقف وأنها مهلــكة ولا بد ولا دواء لها إلا القطع فلا شىء على القاطع وقد أحسن لأنه دواء وقد أمر رسول الله (ص) بالمداواة وهكذا القول فى الضرس إذا كان شديد الألم قاطعاً به عن صلاته ومصالح أموره فهذا تعاون على البر والتقوى ... قال رسول الله (ص) تداووا فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء غير داء واحد قالوا وما هو يا رسول الله قال الهرم .

قال على (المؤلف) فمن دواى أخاه المسلم كما أمره الله تعالى على لسان نبيه عليه الصلاة والسلام فقد أحسن ، قال الله تعالى « ما على المحسنين من سبيل » وأما إذا كان يرجى للآكلة برء أو توقف وكان الضرس تتوقف أحياناً ولا يقطع شغله عن صلاته ومصالح أموره فعلى القاطع والقالع القود لأنه حينئذ متعد وقد أمر الله تعالى بالقصاص فى القود .

(١) باريس ٢٨/٦/ ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ ــ٢ــ١١٦، كوبك ١٤/٣/١٩٣٠ المجلة الفصلية ١٩٣٠ ص٥٧٣ وتعليق ديموج ولوبول . وذلك فى قضية تتلخص ظروفها فى أن جراحاً أثناء قيامه بعملية استئصال الزائدة الدودية لاحظ أن مبايض المريضة ملتهبة فاستأصلها .

قضت محكمة كوبك العليا بأنه لا يسأل عن هذه العملية ، فضلا عن أن رضاء الزوج كان يشملها وهو ما وصلت إليه المحــكمة بتفسير بعض عبارات وردت على لسانه فإنه يمكن القول بأن =

وهكذا يتضح أن أخذ رضاء المريض بالعلاج ليس لازماً فى جميع الظروف فهو التزام يتقيد بما تفرضة الضرورة وتوجبه مصلحة المريض من عدم تعريضه لأخطار لا يعرف مداها ؛ وعلى ذلك فإذا كان العلاج بالعكس بسيطاً ولا ينطوى على خطر ما على حياة المريض أو سلامة أعضائه فهو لا يلزم بأخذ رضاء المريض به ، والقول بغير ذلك فيه إغفال لروح القضاء وعرقلة للمهنة الطبية[1] .

و إثبات رضاء المريض بالعلاج يقع على عاتق الطبيب لأنه يبرر به مشروعية

= الجراح وجد أمام حالة ضرورة تعفيه من أخذ رضاء المريضة .

لانيون ١٩/١٢/١٩٣٢ جازيت باليه ١٩٣٣—١—٣٣٩ ، فى قضية تلخص ظروفها فى أن جراحاً أثناء إجراء عملية لاستئصال ورم بسيط ظهر له أنه سرطانى مما يقتضى إجراء عملية أخطر فأجراها الجراح .

قضت المحكمة بأنه إذا كان على الطبيب أن يحصل على رضاء المريض بالعلاج فلم يكن ذلك ممكنا بالنظر إلى ملابسات الحالة .

(راجع تعليق ديموج على الحكم فى المجلة الفصلية ١٩٣٣ ص٩٨؟؟ بند ٢٩ ، الجزائر ١٧ مارس سنة ١٨٩٤ سيرى ١٨٩٥—٢—٢٣٧ ودالوز ٩٥—٢—٦٩ ، ليبج ٣٠ يولية سنة ١٨٩٠ دالوز ١٨٩١—٢—٢٨١ وبلجيكا القضائية ١٨٩١—٦٩٩ ، سافاتييه جـ٢ بند ٧٨٥ ص٤٠٢ ، ديبوا فى دالوز ١٩٣٦—٢—١١ ، دوند يودى فابر المرجع السابق ص٤٢٠ ، ديموج جـ٦ بند ١٨٠ ص١٨٧ ، مازان ص١٤٩ ، نيجر ١٠٤ ، روديه ص٩٠ ، بلانيول واسمان جـ٦ بند ٥٢٦ ، لاكاس بند ١٥٦ ، بيتل ص١٤٧؟؟ مازو بند ١٤٩٣ هامش ٣ ، لالو بند ٥٦٣ و٧٧١ دوند يودى فابر فى دالوز ١٩٣٤—٢—١١٣ ، جوسران فى دالوز الأسبوعى ١٩٣٤ ص ٢٥ ، ميرنياك فى دالوز ١٩٠٧—٢—٤١ ، دوران اتفاقات عدم المسئولية بند ٥٨ ص١٥٦ ، أندريه جاك ١٩٣٣ ص٣٨٨ من المجلة الانتقادية ، ويشير ديموج (جـ٦ بند ٦٢٨) إلى أن هذه الحالة تعتبر من الحالات الطريفة التى تطبق فيها نظرية الضرورة فى الدائرة العقدية فتسمح بتنفيذ العقد على غير النحو الذى اتفق عليه .

راجع فى بحث حالة الضرورة وأثرها فى المسئولية المدنية .

ساناتيية بند ٩٨؟؟ ديموج جـ٤ بند ٧٢١ و جـ١ بند ٣٢٠ ، مازو جـ١ بند ٤٩٢ ، ربير القاعدة الخلقية بند ٤٦ ، لالو طبعة ١٩٢٨ بند ١١٥ ؟؟ Lallement. L'état de nécessité en matière civ. No 27 & s. و م ١٧٢ من مشروع تنقيح القانون المدنى .

(١) ساهو ص٧٢ ، ديبوا فى دالوز ١٩٣٦—٢—١١ ، مازان ص١٣٦ ، بيرو فى التعليق على اكس ٢٢/١٠/١٩٠٦ سيرى ١٩٠٩—٢—٣٢١ ، لاكاس بند ١٥١ عكس مازو جـ٢ بند ١٤٩٣ هامش٣ .

عمله[١] وهو يستفيد فى ذلك بظروف الأحوال والقرائن[٢] ولـكن لا يعتبر مجرد الذهاب للطبيب أو الدخول فى المستشفى رضاء بكل أنواع العلاج التى يراها الطبيب لازمة لحالته[٣] ومع ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية قضت بأن لا مسئولية على الطبيب المتخصص إذا لم يحصل على رضاء بالعلاج من مريض بعثه إليه طبيبه المعالج إذ أن مجرد الذهاب للطبيب المختص يعتبر رضاء بالعلاج الذى تخصص فيه[٤].

بل إن محكمة السين الابتدائية فى ٢ مارس سنة ١٩٣٧ قضت برفض دعوى شخص ثبت أنه عرض نفسه على الطبيب فى العيادة الخارجية لأمراض العيون فى مستشفى روتشيلد بباريس لوجود نقطة صغيرة بيضاء على عينه فسلموه فى تلك العيادة بطاقة كتب عليها صالة العمليات والتاريخ فذهب إلى المستشفى فى التاريخ الموضح بالبطاقة حيث أجريت له عملية جراحية لم يدر نوعها إلا بعد بضعة أيام عند خروجه إذ سلموه عيناً صناعية بدل التى أجرى استئصالها؛ وقد استندت المحكمة فى رفض دعوى التعويض إلى أن المصاب بذهابه إلى مستشفى أمراض العيون قبل مقدماً كل ما يستلزمه علاجه[٥].

ومن جهة أخرى ذهبت محكمة النقض فى أول يناير سنة ١٩٣٧ إلى أن

---

(١) سافاتييه جـ ٢ بند ٧٨٥ ص ٤٠٣ دونديودى فابر المرجع السابق ص ٤١٩ مازان ص ١٥٠ و ١٥١ ، لاكاس بند ١٥٢ جاردنا وريتشى ص ٣١٤ رقم ٢٠٤، بيتل ص ١٤٤. لييج ١٨٨٩/١١/٢٧ بلجيكا القضائية ١٨٩٠ـ٤٧١، لييج ١٨٩٠/٧/٣٠ بلجيكا القضائية ١٨٩١ـ٦٩٩ ، ليون ١٩٣٨/١/٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ ملخص ١١ ، نقض ٦/١ سنة ١٩٣٧ سيرى ١٩٣٧ـ١ـ٢٧٠ . ميرنياك فى دالوز ١٩٠٧ـ٢ـ٤١ قارن باريس ١٩٢٤/١١/٢٠ جازيت باليه ١٩٢٥ـ١ـ١٦٦ .

(٢) الجزائر فى ١٨٩٣/١١/٤ سيرى ١٨٩٥ـ٢ـ٢٣٧ ، سافاتييه جـ ٢ بند ٧٨٥ ص ٤٠٣ .

(٣) لييج ١٨٨٩/١١/٢٧ بلجيكا القضائية ١٨٩٠ـ٤٧١ . كذلك لا يعتبر السكوت رضاء بالعملية — راجع ميرنياك فى دالوز ١٩٠٧ـ٢ـ٤١ رقم ١ .

قارن رسالة لاكاس بند ١٥٢ وسين ١٩٢٨/١٢/٣١ المشار إليه فيها ، ولا لو بند ٥٦٤ .

(٤) نقض ١٩٣٣/١٠/٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣٣ـ٥٣٧ ، باريس ٥/١٩ سنة ١٩٣١ جازيت باليه ١٩٣٣/١٢/١٠ .

(٥) كوبلك ١٤ ملرس سنة ١٩٣٠ المجلة الفصلية ١٩٣٠ ص ٥٧٣ فى الاستدلال على وجود الرضاء بالقرائن .

المريض إذا ادعى أن رضاءه كان مبنياً على غش من الطبيب أو أنه صدر عن غلط لعدم تنبيهه لمخاطر العلاج فعليه إثبات ذلك[1].

ونخلص من ذلك بأنه إذا كان أخذ رضاء المريض بالعلاج إلتزاماً قد أوجبته القواعد العامة فإن فكرة الرضاء الصادر عن بينة واختيار ليست إلا من ابتكار القضاء الذى شاء أن يدخل علاقة الطبيب بالمريض ضمن نطاق العقد الضيق ويخضعها لقواعده فأغفل بذلك الطبيعة الخاصة للعقد الطبي،ولكن لم يلبث القضاء أن لمس ما فى التطبيق الأعمى لقواعد القانون المدنى من الخطر على سير المهنة الطبية لخورها بما يتفق وضرورات المهنة ، ثم عمد إلى تخفيف عبء الإثبات على الأطباء والتوسع فى فهم القرائن التى يستخلص منها الرضاء تحدوه فى ذلك الرغبة فى عدم إقامة العراقيل فى وجه الأطباء تيسيراً لهم للقيام بواجبهم وأداء رسالتهم فى خدمة الانسانية .

٤ — مباشرة العلاج :

متى أخذ الطبيب رضاء المريض بالعلاج فعليه أن يبدأ بمباشرته وهو فى ذلك يسأل عن كل إهمال[2] أو جهل بأصول الفن . فعليه أن يحدد للمريض الجرع التى يتناولها من الدواء والنظام الذى يتبعه فى مأكله ومشربه والاحتياطات التى

---

(١) نقض ١٩٣٧/٦/١ سيرى ١٩٣٧—١—٢٧٠ لاكاس بند ١٥٢ ص ١١٩ .

(٢) دويه ١٦ مايو سنة ١٨٨٢ بخصوص طبيب مولد أجرى عملية ولادة وهو فى حالة سكر ، سين ١٩٠١/٦/٢٧ جازيت المحاكم فى ١٩٠١/٦/٢٨ بخصوص طبيب أسنان لم يتحقق من الدواء الذى قدمه له مساعده قبل استعماله، ديئ ١٠ يوليه سنة ١٩٢٩ جازيت باليه ١٩٢٩—٢—٦٥٩ ، باريس ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ دالوز الأسبوعى ١٩٣١ ملخص ٧ ، راجع أيضاً كتاب متن الأمير وحاشية حجازى العدوى جـ ٢ ص ٤٠٦ وقد جاء فيه أن الطبيب يضمن إذا قصر كأن أراد قلع سن فقلع غيرها خطأ .

ونفس المعنى فى شرح المواق على متن خليل جـ ٦ راجع العبارة التى نقلها الشيخ عبد العزيز المراغى فى مقاله عن مسئولية الأطباء بمجلة الأزهر المجلد ٢٠ ص ٤١٥ ، ٤١٦ .

قارن سين ١٩٣٧/١/١٩ جازيت المحاكم ١٩٣٧/٥/٢٥ .

توجبها حالته[1] . فإذا كانت ظروفه ومدى تقدم المرض فى جسمه لا يسمحان بعلاجه فى المنزل فعليه أن يشير بنقله إلى المستشفى[2] .

ويجب على الطبيب أن يسير فى العلاج على هدى الأصول العلمية الثابتة فإن هو حاد عنها عرض نفسه للمسئولية . وهو ما حكمت به محكمة الاتحاد السويسرى فى ١٩٣٦/٩/١٧ فى قضية تتلخص ظروفها فى أن طبيباً استعمل دواء ألمانياً جديداً لم يسبق له استعماله وأجرى للمريض حقنة تحت الجلد من دواء « التريبافلافين » بينما كان الواجب أن تعطى له الحقنة فى الوريد فحصل له رد فعل شديد فى محل الحقنة[3] .حكمت المحكمة بأن الطبيب يرتكب خطأ إن هو أجرى حقنة من دواء بغير الطريقة الأصولية فى استعمالها[4] .

و بالعكس لا يسأل الطبيب اذا اتبع أصول الفن وهو ما قررته محكمة السين فى ٢٠ يوليه سنة ١٩٠٧ فى قضية تتلخص ظروفها فى أن جراحاً وضع بعض الثلج على بطن مريض أجرى له عملية إزالة الزائدة الدودية فسبب له ذلك التهاباً فى الأحشاء . قضت المحكمة بألا مسئولية عليه لأنه لم يفعل أكثر من أنه طبق نظرية طبية لها جديتها[5] .

---

(١) سم ١٩٣٥/٢/١٤ مجموعة الأحكام المختلطة «B.L.T.» ٤٧—٢—١٥٤، سافاتييه ج ٢ بند ٧٨١ .

(٢) نانسى ١٩٢٨/١/١٩ جازيت باليه ١٩٢٨—١—٤١٠ ، محكمة مصر فى ٢ مايو سنة ١٩٢٧ مجموعة رسمية سنة ١٩٢٨ رقم ١١ ص ٢٠ حقوق سنة ٤٤ رقم ٥٠ ص ٣٣٧، ساناتييه ج ٢ بند ٧٨١ ، روديه ص ١١٨ و ١١٩ .

ولكن لا يرتكب الطبيب خطأ إذا هو لم يحتفظ بالمريض فى المستشفى وسلمه لأهله متى كان فى إمكانهم إحضاره للتغيير على جرحه إذ يجب ألا يغيب عن البال أن الأسرة عددها فى المستشفى محدود بحيث لا تسمح بإبقاء المرضى فيها إلا لضرورة . (بوزدو ٢٨ يوليو سنة ١٩٠٢ مجموعة بوردو ١٩٠٢—١—٣٢٩) .

(٣) إميل تيلو — التعليق على القضاء السويسرى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ ص ٨٨٣؛ أنظر ص ٩٠٢ .

(٤) إميل تيلو المرجع السابق ص ٩٠٢، روان المدنية ١٨٦٠/٤/٣٠ سيرى ٦٢—١—٨١٧.

(٥) سين ٢٠ يوليه سنة ١٩٠٧ سيرى ١٩١٠—٢—١٥٣ دالوز ١٢—٢—٣٥٦ ، متز ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ سيرى ١٨٦٨—٢—١٠٦ ودالوز ٦٧—٢—١١٠ .

ويجب على الطبيب أن يتخذ كل الاحتياطات الممكنة حتى يهبط بمخاطر العلاج الى حدها الأدنى(١) فلا يغتفر له مثلا ألا يتأكد من صلاحية الآلات التى يستعملها أو عدم تعقيمها حتى لا تكون مصدر عدوى لجسم المريض(٢) كذلك يكون مسئولا إذا وجد أمام حالة دقيقة يخشى معها ألا يتمكن من إحكام توجيه العلاج بما يتفق وصالح المريض، ثم لم يدع أحد زملائه لمعاونته، وهو ما قررته محكمة السين فى ٢٢ أكتوبر سنة ١٨٩٧ بمناسبة عملية ولادة عسرة انفرد الطبيب بإجرائها رغم ما صادفه فى ذلك من صعوبات(٣).

حقاً إن الحكم ألغى فى الاستئناف ولكن محكمة الدرجة الثانية أقرت نفس المبدأ وإن كانت قد انتهت إلى أن ضرورة إنقاذ حياة المريض وما

---

(١) سين ٢٢/٤/١٩٣١ جازيت باليه ٢١/٧/١٩٣١، وقد أعفت الطبيب المولد من المسئولية عما نسب إليه من إهمال فى عدم المبادرة بنقل الدم إلى الوالدة عقب إجراء العملية القيصرية لها مباشرة إذ ثبت أن هذا الاحتياط لم يكن أمراً يستلزمه إجراء العملية حتما.

(٢) سين ٢٢/١/١٨٨٩ دالوز ١٨٩١ـ٢ـ٢٨١ هامش ب وجازيت باليه ١٨٨٩ـ١ـ٣٣٠، باريس ١٩/٣/١٩٣١ جازيت باليه ١٠ و ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٣، نقض ٣١/١٠/١٩٣٣ جازيت باليه ١٠و١١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ وسيرى ٣٤ـ١ـ١١ ودالوز الأسبوعى ١٩٣٣ـ٥٣٧، والحكمان قد انتهيا الى نفى مسئولية الطبيب حيث لم يثبت أنه أهمل فى اختيار الآلة أو الاعتناء بنظافتها. عابدين ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٢ حقوق سنة ١٨ ص٢٩٣ رقم ١٨٢، نقض جنائى مختلط ١٨ نوفبر سنة ١٩٤٠ B. L. J. ٥٣—٢—٣٠، دوند يودى فابر النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص٤٥٢، لاكاس بند ١٢٥، مانش ١١٦و١١٧. قارن باريس٤ مارس سنة ١٨٩٨ دالوز ١٨٩٨—٢—٤٤٩ وسيرى ٩٩—٢—٩٠، والحكم أعفى الطبيب من المسئولية رغم أنه لم يتخذ الاحتياطات اللازمة فى التعقيم.

(٣) سين ٢٢/١٠/١٨٩٧ سيرى ١٨٩٩—٢—٩٠، محكمة مصر ٢/٥/١٩٢٧ محاكم عدد ١٤٢٩ سنة ٣٩ رقم ٣٧ ومجموعة رسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ ص٢٠.

قرب الطارن فى ٩/٤/١٩٢٩ حقوق سنة ١٩٤٤ ص١٦٩.

قارن متز ٢١/٥/١٨٦٧ سيرى ١٨٦٨—٢—١٠٦ ودالوز ٦٧—٢—١١٠.

وراجع مازان ص ١٧٥، بلانش روديه ص ١٢٢و١٢٣، جرافن ص ١٦١. ومن باب أولى يكون مسئولا إذا رفض استدعاء طبيب طلبته عائلة المريض، نانسى ١٩/١/١٩٢٨ جازيت باليه ١٩٢٨ـ١ـ٤١٠.

كانت تقتضيه من سرعة إجراء العملية كانا يبروان عدم انتظار الطبيب لحضور آخر لمساعدته [١] .

وإذا لم يكن على الطبيب كما قدمنا أن يلازم المريض لتنفيذ تعليماته بنفسه فعليه أن يراقب تأثير الدواء على جسمه حتى يوجه العلاج بالشكل الذى يتفق ومصلحته . حقاً إن الطبيب الذى لم تؤخذ مشورته فى العلاج إلا مرة واحدة لا يسأل عن تتبع حالة المريض ، ولكن الحال غير ذلك بالنسبة للطبيب الذى يختاره المريض لعلاجه ، إذ يكون عليه أن يتتبع حالته حتى يتأكد من عدم حصول مضاعفات تقتضى إحداث تغيير فى العلاج ، وهو ما قررته محكمة النقض فى ٢١ يولية سنة ١٨٦٢ إذ رفضت الطعن المقدم فى حكم محكمة روان الذى أخذ على الطبيب استعماله لآلة ضاغطة على ذراع طفل دون أن يعبأ بما ظهرت عليه من علامات الغنغرة ليرفع الآلة فى الوقت المناسب ، الأمر الذى انتهى بتعفن يد الطفل وانفصال أصابعه ، فكان على الطبيب إذن وقد استعمل تلك الآلة الضاغطة أن يراقب تأثيرها عن كثب حتى يتجنب حصول مضاعفات ضارة بالمريض [٢] .

ويزداد التزام الطبيب بمراقبة المريض أهمية إذا كان مصاباً بنقص فى قواه

---

(١) سين ١٨٩٧/١٠/٢٢ سيرى ١٨٩٩—٢—٩٠ دويه ١٩٣١/١/١٩ دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ ملخص ٩ متز ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ سيرى ١٨٦٨—٢—١٠٦ ودالوز ٦٧—٢—١١٠ ، والحكم وإن كان قد قرر المبدأ إلا أنه رأى أن ظروف الحال لم تكن تدعو الطبيب الى الاستعانة بغيره وهو فى ذلك قد خالف ما ذهبت اليه محكمة أول درجة .

(٢) نقض ١٨٦٢/٧/٢١ سيرى ١٨٦٢—١—٨١٧ ودالوز ٦٢—١—٤١٩ ، نيم فى ٢٦ فبراير سنة ١٨٨٤ سيرى ٨٦—٢—١٥٦ ودالوز ٨٤—٢—١٧٦ ، كاستر ١٩٢٩/١٢/١٧ جازيت باليه ١٩٣٤—١—٣٠١ ، تولوز ١٩٣٣/١٢/٢٦ جازيت باليه ١٩٣٤—١—٣٠١ ، باريس ١٩٣٣/١٢/٧ جازيت باليه ١٩٣٤—١—٣٠١ ، نقض ١٩٢١/٤/١٦ سيرى ١٩٢٣—١—١٤٢ دالوز ٢١—١—١٨٤ (وقد قررت أنه يجب فحص المريض قبل كل حقنة تعطى له من زرنيخات البزول للتحقق من أن حالته تسمح بالاستمرار فى العلاج) .

قارن متز ١٨٦٧/٥/٢١ سيرى ٦٨—٢—١٠٦ ودالوز ٦٧—٢—١١٠ .

العقلية يخشى معه أن يصيب نفسه بالضرر . وهذا الالتزام مفروض على الطبيب بحكم القواعد المهنية التى توجب على الطبيب أحيانا أن يحمى المريض حتى من نفسه [١] وهو التزام مستنتج أيضاً من نفس العقد الذى بمقتضاه عهد بالمريض إلى عناية الطبيب [٢] . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ بمسئولية الطبيب المدير للمستشفى عن الأضرار التى لحقت فتاة مصابة بعاهة فى العقل من جراء هروبها من المستشفى [٣] .

وليس الطبيب ملزماً برعاية مصلحة المريض فحسب بل عليه أن يرعى مصلحة الغير ممن تصل اليهم عدوى المريض فيتخذ من جانبه كل الاحتياطات اللازمة لمنع انتقال العدوى [٤] وهو يعتبر مخطئاً اذا كان يعالج طفلا مريضاً بالزهرى ثم لم ينبه الظئر التى ترضعه الى طبيعة مرضه [٥] .

---

(١) سافاتييه جـ ٢ بند ٧٨٤ ، بيتل ص ١٢٨و١٢٩ .

(٢) سافاتييه جـ ٢ بند ٧٨٤ .

(٣) عرائض ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧—١—١٠٥ وتعليق جوسران ، ليون ١٨٩٤/٧/١٠ جازيت باليه ٩٤ـ٢ـ٤٩٥ ، باريس ١٩٣٢/٧/٤ دالوز ١٩٣٣ـ٢ـ ١١٣ ودالوز الأسبوعى ١٩٣٢ـ٤٥٠ ، باريس ١٩٣٥/٦/١ جازيت باليه ٣٥ـ٢—٣١٦ وسيرى ١٩٣٥—٢ـ٢١٣ ، سين ١٩٣٦/١١/١٢ جازيت المحاكم ١٩٣٦/١٢/٢٩ ، عرائض ١٩٣٨/١/٤ جازيت باليه ١٩٣٨ـ١ـ٤٧٥ .

قارن باريس ١٩٢٠/٦/٢٠ جازيت باليه ١٩٢٠ — ٢ — ٣٤١ ، سانت ١٩٣٤/٧/٢١ سيرى ١٩٣٥—٢ـ٢٣٦ ، سين ١٩٣٨/٥/١٦ جازيت باليه ١٩٣٨ — ٢ — ٢٤٣ .

(٤) باريس ٢٨ ينايرسنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ـ٢ـ٤٠٠ وجازيت باليه ١٩٠٤ـ١ـ ٤٢٩ ، ، دويه ١٩٢٤/٧/٢١ جازيت باليه ١٩٢٤ـ٢ـ٥٤٥ ، ديسليرص ٨٩ ، نيجر ص ٩١ .

(٥) وهو ما قررته محكمة ديجون فى ١٨٦٨/٥/١٤ سيرى ١٨٦٩ — ٢ — ١٢ ، وإن كانت قد انتهت الى إعفاء الطبيب من المسئولية بسبب انتفاء علاقة السببية ، أميان ١٢ اغسطس سنة ١٨٩٣ Juris Classeur. 1382-1383 Responsabilité. médicale. N170 سين ١٩٠٦/١١/٩ جازيت المحاكم ١٩٠٦/١١/٢٠ والتعليق ، بورج ١٩٠٢/٤/١٤ بانديكت ١٩٠٤ـ٢ـ١٤٧ وسيرى ١٩٠٢—٢—٢٠٨ ، سين ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٠٦ فى جاردناوريتشى ص ٣٧٩ عمود ٢ ، فازنبات ص ٤٣ ، دونديودى فابر النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٦٠ ؟؟ خاصة فى بحث التعارض بين تنبيه الظئر وحفظ سر المهنة ، ديسلير ص ٨٩و٩٠ . وقارن بيتل ص ١١١ ؟؟ .

أما إذا اتخذ الطبيب من جانبه كل الاحتياطات ثم لم يسلم المريض من المخاطر اللاصقة بالعلاج فإنه لا يعتبر مسئولا عن الأضرار التى أصابت المريض [(١)] .

وتزداد العناية التى يجب أن يبذلها الطبيب بقدر خطورة الوسائل العلاجية التى يباشرها وهو ما سنتبينه من دراسة العلاج بالأشعة والتدخل الجراحى .

العلاج بالأشعة

الطب حديث العهد نسبياً بهذا النوع من العلاج و بقدر ما يحمل العلاج بالأشعة فى ثناياه من عظيم النعم على المرضى قد جاء مهدداً إياهم بأكبر الأخطار . لذلك كان لزاماً على من يعرض الأجسام لفعل تلك الآلات التى تشع من التيارات الكهربائية ما يقاس بمئات الآلاف من الوحدات أن يكون أولا متخصصاً فى فنه ، وإنه لمن المدهش حقاً أن لم يصدر تشريع إلى الآن يقصر استعمالها على المتخصصين ، فهى موجودة فى الكثير من عيادات الأطباء العموميين ، كأن كل الشروط اللازمة لاستعمالها تنحصر فى قدرة الطبيب على دفع ثمنها .. ثم إنه يجب على الطبيب حتى المتخصص أن يكون فى استعمالها يقظاً إلى أبعد حدود اليقظة إذ أن الخطر دائماً كامن فيها فاحتمال حدوثه لأقل هفوة متوقع فى كل الأوقات . و إنا لا نقصد بهذا أنه كلما حدث ضرر من العلاج بالأشعة وجبت مساءلة الطبيب

(١) راجع ريوم فى ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت باليه ١٩٢٩ — ١ — ٦٤٩
وقد جاء فى حيثيات الحكم :

Attendu qu'il résulte du rapport de l'expert Dr. F... que le Dr. M. a certainement procédé suivant les règles de l'art; que l'intervention sanglante destinée à assurer la réduction de la facture par une suture osseuse a été entourée de toutes les précautions d'ascepsie; qu'aucune complication n'est survenue mais que malheureusement la contention n'a pas été aussi bonne qu'on pouvait l'espérer ce qui est impossible de garantir; mais ce qui est indiscutable, c'est qu'il est impossible dans le cas présent de constater dans les soins donnés une faute chirurgicale...»

فالخطأ غير مفروض هنا لأنها مسئولية كغيرها خاضعة للقواعد العامة؛ [١] [٢] وإنما الذى نقصده هو أنه نظراً لاحتمال وقوع الضرر دائماً من آلات الأشعة فإن القضاء يتطلب يقظة كبرى من الطبيب المعالج بها . فعليه أن يتأكد من سلامة الآلات التى يستعملها [٣] وألا يسلط على المريض من الأشعة إلا القدر الذى يتناسب مع درجة احتماله للتيارات الكهربائية [٤] وهو ما يقتضيه فحصاً دقيقاً لحالته ، لا يعفيه من المسئولية عنه أنه لم يتجاوز فى تحديد الجرعة ما تقضى به الأصول العلمية؛ وفى ذلك قضت محكمة بوردو فى ٧ يوليه سنة ١٩٣٣ باعتبار الطبيب مسئولا لأنه لم يتخذ كل الاحتياطات اللازمة فى استعمال الأشعة على جسم طفل سنه ١٨ شهراً فسبب له حروقاً خطيرة نشأت عن عدم مراعاة الحساسية الخاصة لجلد الطفل وهو فى هذه السن المبكرة [٥] .

---

(١) سين ٢٠ مارس سنة ١٩١١ جازيت باليه ١١ــ٢ــ٣٩ ، وقد استعمل أحد الأطباء الأشعة للبحث عن إبرة فى قدم رجل فنتجت عن ذلك حروق خطيرة ولكن ثبت أن الطبيب لم يرتكب خطأ ما وأنه اتخذ فى استعمال الأشعة جميع الاحتياطات الممكنة نقضت المحكمة بعدم مسئوليته . نقض ١٩٣٩/٦/٢٧ دالوز فى انتقاد الأحكام ١٩٤٠ــ١ــ٦٤ .

(٢) حقا لقد ثار البحث فى فرنسا فيما إذا كانت المادة ١٣٨٤ فقرة أولى تنطبق على الأطباء ولكنا سنرى أن اعتبار مسئوليتهم عقدية قد أفقد هذا البحث جل أهميته إذ قضى بصفة عامة على إمكان تطبيق المادة ١٣٨٤ فقرة أولى عليهم .

(٣) سين ٨ مارس سنة ١٩٠١ مذكور فى تعليق ميرنياك على إكس فى ١٩٠٦/١٠/٢٢ دالوز ١٩٠٧ــ٢ــ٤١ ، بلانش روديه ص ١٣٢ ، ١٣٣ .

(٤) ولكن لا يسأل الطبيب إذا كانت الأضرار التى لحقت المريض ترجع إلى حساسية خاصة ما كان له أن يتبينها (سم ١٩٣٣/١١/٢ B.L.J. ٤٦ــ٢ــ١٥٤) .

(٥) بوردو ١٩٣٣/٦/٧ جازيت باليه ٣٣ــ٢ــ٦١٥ ، نقض ١٩٣٩/٦/٢٧ دالوز فى انتقاد الأحكام ١٩٤٠ــ١ــ٦٤ ، بوردو ١٩٣٤/٧/١١ جازيت ١٩٣٤ــ٢ــ٣٩ ودالوز الأسبوعى ١٩٣٦ ملخص ٤ ، سين ١٩٣٣/٢/١٧ جازيت باليه ١٩٣٣ــ١ــ٧٣٤ وقد جاء فى حيثياته .

Attendu qu'il résulte tant des faits de la cause que du rapport des experts que la brûlure grave dont est atteint D... est la conséquence certaine d'une absorption par la peau au cours d'un examen radioscopique d'une quantité de rayons dépassant la tolérence de cell-ci soit par suite d'un rayonnement trop mou ou d'un examen trop prolongé avec un tube trés rappro. =

ومن باب أولى يكون الطبيب مسئولا إذا تجاوز فى الجرع التى سلطها على جسم المريض الحد الذى تسمح به الأصول العلمية[١].

ليس هذا فحسب بل يتحتم على الطبيب أن يراقب تأثير الأشعة على جسم المريض بمنتهى اليقظة حتي إذا ما ظهر له أى أثر لحرق أو لعلامات غير طبيعية فعليه أن يوقف العلاج فوراً أو يباعد على الأقل بين جلساته و يخفض من الوحدات المسلطة على المريض[٢]. ولا يغتفر للطبيب أقل هفوة يهفوها فيما يبدو فى حينه عديم الأهمية وقد يتمخض بعد ذلك عن نتائج غاية فى الخطورة .

حدث أن سيدة تقدمت إلى أحد الأطباء تشكو خراجاً فى الثدى فعالجها بالأشعة عدة مرات ولم يثبت فى حق الطبيب أى خطأ فى ذات العلاج من حيث وجو به أو نوع الأشعة أو مقدارها أو سلامة الأجهزة المستعملة و إنما ثبت أن الطبيب بناء على شكوى السيدة وطلبها وضع لها وسادة تحت رأسها لإراحتها عند رقادها للعلاج فتعرض بذلك الوجه لجانب من أشعة أكس الصادرة من الآلة .

قضت محكمة جرينوبل الاستئنافية [٣] بمسئوليته استناداً إلى أن تعريض

=ché de la surface de la peau. Attendu que cette absorption de rayons ne peut être que la conséquence directe d'une négligence ou d'une imprudence du défendeur dans le réglage de son appareil et dans la durée de son examen....»

(١) سين ٢٩ مارس سنة ١٨٩٩ جازيت باليه ١٨٩٩–١–٦٦٨ ، سين ٨ مارس سنة ١٩٠١ القانون ٢١ مارس سنة ١٩٠١ ، س مصر ١٩٣٦/١/٢ محاماة سنة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ مجموعة رسمية سنة ٣٧ رقم ٩٣ ص ٢٦٠ .

(٢) رين ١٥ مايو سنة ١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣–٢–٦١٩ ، سين ٢٩ مارس سنة ١٨٩٩ جازيت باليه ١٨٩٩–١–٦٦٨ ، رين ٣ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت باليه ١٩٣٠–١–٦١ .

(٣) جرينوبل فى ٢ فبراير سنة ١٩٢٨ فى مازان ص ١٧٩ و ١٨٠ .

راجع أيضاً نقض ١٩٣٩/٦/٢٧ D. Critique ١٩٤٠–١–٦٤ ، وقد أخذت على الطبيب أنه لم يغط يدى المريض بقفاز من المطاط حتى لا تصل إليها الأشعة المسلطة على الأجزاء المعتلة من جسمه .

وجه المريضة للأشعة كان خطأ ينم عن إغفال للاحتياطات المفروضة فى مثل هذا النوع من العلاج .

ومع ذلك لا يرتكب الطبيب خطأ ما إذا لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لدرء خطر ما كان فى استطاعته أن يتوقعه وهو ما قررته محكمة نانت فى ٢٠ يناير سنة ١٩٢٥ فى قضية نسب فيها إلى الطبيب أنه لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لوقاية المريض من خطر الإشعاعات الضارة فقررت المحكمة أن هذه الإشعاعات حدثت نتيجة لظواهر كانت مجهولة حتى من أكبر العلماء فما كان للطبيب أن يتوقعها وليس يصح أن يسأل عنها. [1]

ونظراً لخطورة العلاج بالأشعة فقد ذهبت المحاكم الى وجوب استعانة الطبيب بأحد زملائه فى مباشرة العلاج منعاً لما قد ينشأ عن عدم إحكام الأجهزة من مخاطر . [2]

ويبين لنا من كل ما تقدم أن الطبيب عليه أن يتخذ كل الاحتياطات الممكنة حتى يهبط بمخاطر الأشعة الى أقل حد مستطاع .

العلاج الجراحى

والحال بالمثل فى العلاج الجراحى . فلئن كان مشرط الجراح هو الآخر من أكبر النعم على الإنسانية فلا شك أن فيه من الأخطار ما لا يستهان بها . ولكن طبيعة هذه الأخطار تختلف عن طبيعة خطر آلات الأشعة فى أن مشرط الجراح ليست فيه تلك القوة الذاتية الهائلة . فالجراح يتحكم فيه كما يتحكم فى يده ذاتها، وإنما الذى لا يخضع لسلطان الجراح هى تلك العوامل التى عددناها عند الكلام

---

(١) نانت فى ٢٠ يناير سنة ١٩٢٥ جازيت باليه ١٩٢٥–١–٥٥٣ ، سيرو فى سيرى ١٩٠٩–٢–٣٢١ تعليقاً على اكس ٢٢/١٠/١٩٠٦ .

(٢) بوردو ٧/٦/١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣–٢–٦١٥ ، بوردو ١١/٧/١٩٣٤ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ ملخص ٤ .

فى طبيعة الالتزامات الطبية والتى تجعل من تلك الالتزامات التزامات بوسيلة غير مضمونة النتيجـة . ومع أن شق البطون وقطع الشرايين وفتح الرؤوس وعلى الخصوص بتر الأعضاء واستئصالها يتطلب من الجراح يقظة تزيد بقدر ما يتعرض له المريض من الخطر إلا أن طبيعة العلاج الجراحى ودقته وتشعبه وكثرة العوامل التى تحيط به وتؤثر فيه كل هـذا وغيره يقتضى استعمال منتهى الحـذر والحيطة فى تقدير مسئولية الجراح .

استعمال البنج

ولما كانت أغلب العمليات تصطحب بآلام مبرحة يصعب على المريض تحملها بل قد يكون لها رد فعل شديد فى جسمه ربما انتهى بأوخم العواقب ، لذلك فإن الجراح كثيراً ما يلجأ الى وضع المريض تحت البنج قبل البدء بمباشرة العملية .

و إذا كان اتخاذ الرأى بشأن استعمال البنج واختيار نوعه يثيران من الصعوبات ما قد رأينا فإن استعماله يقتضى من الطبيب عناية خاصة بسبب المخاطر التى تلابسه؛ فيعتبر الجراح مسئولا إذا هو لم يفحص المريض فحصاً دقيقاً حتى يتبين ما إذا كانت صحته تحتمل وضعه تحت البنج [1] ، وبنوع خاص عليه أن يتأكد من أن معدة المريض خالية من الطعام قبل أن يبدأ بتخديره [2] .

---

(١) فمثلا تجب مراعاة منتهى الحيطة فى وضع المرضى بالقلب تحت تأثير البنج لأنهم يستهدفون معه لأخطار قد تذهب بحياتهم (برو ص ١٥٩ ، وبرووواردل — مزاولة الطب ص ٣٧٦) .

(٢) مرسيليا ١٩٢١/٤/٢٦ جازيت باليه ١٩٢١—٢—١٦٢ استئناف أنجيـه ١٩٢٦/٨/٥ .

وقد قررت المحـكمة أن الطبيب الذى يكلف بعملية جراحية لشخص ما برضاء أهله ، وفى أثناء العملية يخطر بباله أن يخدر المريض بالـكلوروفورم ليهدىء من أعصابه فيترتب على هذا التخدير الوفاة فجأة ، يكون مسئولا حتى لو ادعى أن الوفاة حدثت لأسباب ما كان فى قدرة أحد أن يتنبأ باحتمال وقوعها .

وقد أخذ على الطبيب أنه أمر بتخدير المريض فجأة أثناء إجراء العملية وكان يجب عليه أن يفحص حالته قبل ذلك لا سيما أن عملية التبنيج يجب أن يسبقها عادة تفريغ معدة المريض من كل طعام . وفضلا عن ذلك فإنه لم يستعن بزميل لمساعدته فى تتبع حالة المريض ومواجهة ما قد يطرأ له من مضاعفات .

وعلى الجراح أيضاً أن يراقب حالة المريض ونبضات قلبه حتى لا يعطيه من البنج إلا الكمية التى يستطيع أن يتحملها [1] ويعتبر الطبيب مخطئاً إن هو لم يستعن بأحد زملائه لتتبع حالة المريض أثناء إعطائه البنج ولمواجهة ما قد يطرأ عليه من مضاعفات ولمساعدته فيما يلزم له من إسعافات . [2]

وواجب الطبيب فى الاستعانة بأحد زملائه يحتمه بنوع خاص أن المريض وهو يفقد وعيه تحت تأثير البنج ، يعتبر أنه قد عهد بنفسه الى عناية الطبيب الذى يتحتم عليه أن يرعى مصلحته بأقصى ما يمكن من العناية . لذلك قضت محكمة استئناف باريس فى ٤ يولية سنة ١٩٣٢ باعتبار الطبيب مسئولا عما يصيب المريض من حروق بسبب حافظات الماء الساخن التى وضعت بالقرب منه وقبل أن يستفيق من تأثير البنج . وهى من أجل ذلك قررت أنه يجب على الجراحين والأطباء أن يلاحظوا المريض بأنفسهم طالما أنه لم يفق من تأثير الخدر إذ هو يصبح بسبب عدم إدراكه وفقدان وعيه تحت إشرافهم ومراقبتهم وحدهم ومن ثم تحت مسئوليتهم ، وأضافت المحكمة بأن القول ، بأن من العادات المقررة أن الجراحين يتركون إلى

= وقد رأت المحكمة أن إهمال الطبيب لكل هذه الاحتياطات يكفى وحده للحكم عليه بالمسئولية بغير حاجة لأخذ رأى أهل الخبرة فى ذلك . وكان الطبيب قد دافع عن نفسه بأن الحوادث التى تنشأ عن الكلوروفورم لا يمكن التنبؤ بها ، وأنه من الناحية الطبية لا يعتبر الطبيب مخطئاً إذا بنج شخصاً بعد تناول الطعام وأن المتوفى هنا كان طفلا فلم يكن من اللازم فحصه قبل تبنيجه لأن الأطفال ليسوا عرضة للسكتة القلبية . وقدم الطبيب أثباتاً لأقواله هذه استشارات طبية من من بعض أكابر رجال العلم ولكن محكمة الاستئناف حكمت عليه بالمسئولية استناداً إلى المادة ١٣٨٢ وقررت أن الطبيب يعتبر مسئولا حتى عن خطئه اليسير ، ولم يفتها أن تشير فى أسباب حكمها إلى أن الجراح تسرع فى إجراء عملية التبنيج وكان يجب عليه أن يؤجل العملية حتى تتخذ الاحتياطات الطبية الكافية لا سيما أنه ثبت أنه لم تكن هناك ضرورة عاجلة لإجرائها .

(١) مرسيليا ٢٦ أبريل سنة ١٩٢١ جازيت باليه ١٩٢١—٢—١٦٢ .

(٢) مرسيليا ٢٦ أبريل سنة ١٩٢١ جازيت باليه ١٩٢١—٢—١٦٢ ، الجزائر ١١/٤ سنة ١٨٩٣ وفى الاستئناف ١٨٩٤/٣/١٧ سيرى ١٨٩٥—٢—٢٣٧ ودالوز ١٨٩٥—٢—٦٩ ، بلانش روديه ١٣٧ ، مازان ص ١٨٣ ، نيجر ١١١ .

عكس نانس ١٩١٣/٦/٢٧ Juris classeur. Art, 1382 et s. Responsbilité médicale 392—1

المرضات معاونتهم في بذل بعض الإسعافات التي تتحتم مباشرة بعد تدخلهم وأنهم ما داموا قد قاموا بذلك فلا يمكن أن ينسب إليهم أي خطأ وأنه إذا حصل حادث فلا يمكن أن يترتب عليه أية مسئولية ، قول لا يمكن قبوله [1].

حقاً إن التقاليد المهنية لها أهميتها في بيان حدود المسئولية الطبية شأنها في ذلك شأن الأصول المتبعة في الألعاب الرياضية تبين حدود المسئولية فيها . ولكن كما لاحظ مازو بحق ، إن وجود عادة معينة بين الأطباء ليس من شأنه أن يسلب المحاكم حريتها في التقدير بل يظل لها الحق في أن تقرر أن تلك العادة مخالفة لما توجبه الحيطة وأن اتباعها ينطوي على الإهمال [2]. فالعادات والتقاليد المهنية ليس لها من القيمة في مسئولية الأطباء أكثر من الترخيصات الإدارية . وقضاء المحاكم مستقر على أن الترخيص الإداري لا يحوي إلا الحد الأدنى من الاحتياطات التي تتطلبها مصلحة الجمهور فلا يمكن أن ينقلب ضدهم ومن ثم فإن من يتسبب بإهماله في إصابة الغير بالضرر لا يمكنه أن يحتج بأنه اتبع مايوجبه الترخيص من احتياطات .

ويبدو أنه يجوز لنا أن نستعير هذا التدليل بشأن التقاليد والعادات المهنية فهي ليست إلا الحد الأدنى لما يجب أن يبذله رب المهنة من احتياطات وهو حد قد يثبت أنه دون ما تتطلبه المصلحة العامة ، فليس اعتياد الجراحين ترك المرضى لعناية الممرضات بمجرد انتهائهم مما يجرونه لهم من عمليات ، سبباً لاعفائهم من المسئولية متى ثبت أن سلوكهم هذا كان ينطوي على الإهمال بالنظر إلى حالة المريض وما تتطلبه من عناية فنية خاصة .

---

(١) باريس ٤ يوليو سنة ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٣ـ٢ـ١١٣ وتعليق لالو ، بورج ٢/٢ سنة ١٩٣٨ جازيت باليه ١٩٣٨ ـ١ـ ٧٢٣ ، سين ١٩٣٨/٥/٣٠ جازيت باليه ١٩٣٨ ـ٢ـ ٣٦٣ .

(٢) مازو جـ ١ بند ٥١١ ص ٥٥٥ وبند ٤٤٠ ، لالو دالوز ١٩٣٣ـ٢ـ١١٣ ، فالك المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ٦٢٩ ؛؛ هالسبورى جـ ٢٣ بند ٨٢٦ ص٥٧٣و٥٧٤ بلانيول واسمان بند ٥١٩ ، ديفلو ص ٨١ ، بيتل ص ١٦٩ .

قارن — عرائض ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ سيرى ١٩٣٤ـ١ـ١١ دالوز الأسبوعي ١٩٣٣ — ٥٣٧ .

لا يجوز للطبيب إذن أن يهجر المريض طالما هو تحت تأثير البنج وهو يعتبر مسئولا إن لم يتخذ الاحتياطات لمراقبة إفاقته[١] .

وإذا كان الطبيب يعتبر مسئولا عن كل إهمال يقع منه فى إعطاء البنج للمريض ومراقبة حالته إلى أن يفيق فإنه يكون بمأمن من كل مسئولية إذا أتبع أصول الفن واتخذ من جانبه جميع الاحتياطات اللازمة[٢] .

ولا يعتبر خطأ من الطبيب أن يستعمل نوعاً من البنج لا زالت الآراء الطبية مختلفة بشأن استعماله متى لم ينسب إليه أى رعونة أو إهمال[٣] .

ويتحمل الجراح نفس المسئولية كلما وقع منه إهمال فى إجراء العملية أو دل سلوكه على جهل بالأصول العلمية الثابتة[٤] .

---

(١) لييج ١٩٢٨/١١/٨ بلجيكا القضائية ١٩٢٩ عمود ٦ ، باريس ١٩٣٢/٧/٤ دالوز١٩٣٣ — ٢ — ١١٣ودالوزالأسبوعى١٩٣٢ — ٤٥٠ ، بورج ١٩٣٨/٢/٢ جازيت باليه١٩٣٨ — ١ — ٧٢٣، سين ١٩٣٨/٥/٣٠ جازيت باليه١٩٣٨ — ٢ — ٣٦٣، لا كاس بند ١١٢ ، وبيتل ١٦٨ و ١٦٩ ، بوميرول — المسئولية الطبية أمام المحاكم ص ٢٨ ، André Jack. Les conventions relatives à la personne physique Revue Critique 1933 p 398 بل يتحتم على الطبيب ألا يبادر بهجر المريض حتى بعد إفاقته إذا كانت حالته من الضعف بحيث تتطلب الاستمرار فى إسعافه(الجزائر ١٨٩٣/١١/٤ وفى الاستئناف ١٧ مارس سنة ١٨٩٤) . سيرى ١٨٩٥ — ٢ — ٢٣٧ دالوز ١٨٩٥ — ٢ — ٦٩).

(٢) أميان ١٩٠٦/٢/١٤ سيرى١٩٠٩ — ٢ — ٢٢٥ودالوز ١٩٠٧ — ٢ — ٤٤، مونبلييه ١٩٠٩/١٢/١٥ دالوز ١٩١٠ — ٥ — ٣١وجازيت باليه١٩١٠ — ١ — ١٨٧، دويه ١٩٢٤/٦/٢٣ Juris Classeur civil م ١٣٨٢ إلى ١٣٨٤ — المسئولية الطبية رقم ١/١٥٧، هافر ١٩٣١/٢/٦ جازيت باليه ٢٠ أبريل سنة ١٩٣١، الجزائر ١٨٩٤/٣/١٧ سيرى ١٨٩٥ — ٢ — ٢٣٧ .

(٣) دويه ١٦ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ — ٤٣٦ .

(٤) جنح السين ١٨٩٧/١٠/٢٢ سيرى ١٨٩٩ — ٢ — ٩٠، سين ١٩١٢/١٠/٢٩ سيرى ١٩١٤ — ٢ — ١٥٣ ، باريس ١٩١٩/٦/٢٦ سيرى ١٩٢٢ — ٢ — ١١٣ وقارن تعليق بيرو ، باريس ١٩٣٠/٢/٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣١ ملخص ٧ ، والقضية خاصة بطبيب أسنان تسبب بإهماله فى انزلاق آلة إلى حلق المريض فابتلعها حيث سكنت فى البنكرياس ، سين ١٩٣٧/١/١٩ جازيت المحاكم ١٩٣٧/٥/٢٥ ،وقد أخذت المحكمة=

= على طبيب أسنان أنه أهمل فى التحقق من عدم كسر ضرس المريض أثناء خلعه وبقاء جزء منه فى اللثة ؛ جنح مصر المستأنفة فى ١٩/٤/١٩٠٤ استقلال سنة ٣ حكم رقم ١٩٠ ص ١٠٤ ، عابدين ٨/١٢/١٩٠٢ حقوق سنة ١٨ ص ٢٩٣ رقم ١٨٢ ، وقد أخذت على الطبيب أنه أهمل فى تعقيم الإبرة التى حقن بها المريض ، سم ١٤/٢/١٩٣٥ B. L. J. ٤٧—٢—١٥٤ وجازيت سنة ٢٧ ص٢٢ رقم٢٥ ، نقض مختلط ١٨/١١/١٩٤٠ B. L. J. ٥٣—٢—٣٠ ، نقض فرنسى ٥٨/٦/١٨٣٣ سيرى ١٨٣٥—١—٤٠١ ومرافعة دوبان ، ويبدو أن محكمة دويه بحكميها الصادرين فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٤ و٢٣ يوليه سنة ١٩٣٥ (المجلة الفصلية سنة ١٩٣٦ ص ٤٨٠ رقم ١٧ وتعليق ديموج) قد جعلت على الجراح التزاما باستشارة طبيب المريض قبل إجراء عملية له حتى يستنير برأيه فى معرفة تكوين جسمه ، ولا يغتفر له أن يهمل فى ذلك إلا إذا كانت الحالة تدعوه إلى سرعة التدخل أو كانت العملية التى يراد إجراؤها تافهة بحيث لا يخشى منها خطر على المريض .

راجع أيضاً جنح مصر المستأنفة فى ٢ مايو سنة ١٩٢٧ مجموعة رسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ ص ٢٠ « ... وحيث إن الذى ثبت للمحكمة من التحقيق وأقوال المتهم بالبوليس وإجابته على أسئلة جناب الطبيب الشرعى أن المتوفاة عرضت على حضرة الدكتور اسماعيل بك صدق قبل الوفاة فكشف عليها ووجد عندها ضيقا فى الحوض ولم يتمكن من تحديد قياس الحوض بالضبط بسبب وجود إمساك عندها فأعطاها مسهلا وطلب منها أن تحضر له فى الصباح بغير فطور لإعادة فحصها جيداً فحضرت وأعاد الكشف عليها وتأكد من ضيق الحوض فأخبر والدتها بذلك وأشار عليها بعدم توليدها بالمنزل إذ يتعذر إجراء العملية اللازمة لها وأفهمها أنه لو دعى لتوليدها بالمنزل لرفض ذلك وأن الأحسن هو البحث من الآن على مستشفى أو منزل صحى والاتفاق على توليدها وأنه بعد ذلك عرضت المتوفاة على المتهم وكان ذلك قبل الولادة بشهر تقريباً فتبين من الفحص أنها حامل فى الثامن وأن عندها زلال فى البول وأن وضع الجنين مستعرض فى البطن فنبه عليها بتعاطى اللبن فقط والمشى ساعتين كل يوم وطلب حضورها بعد ذلك لإعادة الكشف فحضرت له بعد عشرين يوماً تقريبا فوجد أن الجنين لا يزال مستعرضاً وعلم من المتوفاة أنها لا تتبع ما أشار عليها به فأكد عليها بضرورة اتباع ارشاداته المذكورة وإلا فلا لزوم لطلبه لأنه مصمم على عدم المجىء فى هذه الحالة . وقد دعى للولادة فى ١٢/١١/١٩٢٥ الساعة الثانية والربع صباحا فوجد أن المجىء بالقاعدة وجيب المياه متفجر وعنق الرحم مفتحة تسمح بدخول اليد والقاعدة منحشرة فى الحوض وحالة الدم جيدة والانقباضات الرحمية قوية ومتتابعة فعمل حقن كافور للوالدة لتقوية القلب وقد أمكنه فى الساعة الثالثة والنصف أفرنكى صباحا أن ينزل الساقين والذراعين ثم أحس أن الرأس كبيرة ولسوء حالة المجنى عليها اجتهد فى إخراج الجنين بواسطة الجذب لإنهاء الوضع لأن الدم كانت تنزف واستمر على ذلك حتى الساعة خمسة ونصف صباحا حيث انفصل الجزع عن الرأس التى بقيت داخل الرحم ثم حضر الدكتور ايلى نجار الذى طلبه المتهم بعد أن ساءت الحالة فرأى هذا الأخير أن الحالة خطيرة جداً وأشار بنقل المجنى عليها للاسبتالية وهناك توفيت والرأس داخل الرحم قبل أن يعمل لها العملية. وقد تبين من التحقيق =

أيضاً أن المتهم عند ما رأى صعوبة في إخراج الجنين طلب معونة زوج المتوفاة وخالتها في جذب الجنين فأخذا يجذبانه معه وثبت أنه قد استعمل عنفا شديداً في هذا الجذب حتى انفصلت الدماغ عن الجذع داخل الرحم ثم تبين أيضاً أن المتوفاة كانت نزفت كثيراً حتى أغمى عليها وأن الدكتور منشه لم يطلب استدعاء طبيب للمعاونة إلا بعد أن ساءت الحالة وأغمى على المتوفاة مع أن آلها استشاروه في إحضار طبيب آخر قبل أن تسوء الحالة لهذه الدرجة فرفض وتبين أيضاً أن المتهم كان يجذب ساق الجنين وكان يستعمل الجفت وطلب من الزوج مساعدته في استعماله بإحكام المسمار حتى لا يفلت وثبت من أقوال الدكتور إيلي نجار بمحضر البوليس (شاهد نفي) أنه عندما دعي للذهاب للوالدة طلب منه أخذ اللازم معه لإخراج الرأس فذهب وهناك أخبره المتهم أن الرأس كبيرة وأنها بقيت في داخل الرحم أثناء جذب الجنين وأخبره أن عنده عددا ولكن لا يمكنه إخراج الرأس بها لأن الرأس كبيرة ونظراً لأنه رأى الحالة خطيرة جداً أي الدكتور ايلي نجار أشار بنقل الوالدة للاسبتالية فنقلت وتوفيت هناك كما سبق بيانه . وحيث أنه يرى من الوقائع المتقدمة ومما ذكره جناب الطبيب الشرعي تفصيلا في تقريره بمحضر الجلسة أن المتهم ارتكب عدة غلطات كانت سبباً في حصول نزف تسببت عنه الوفاة وهي :

أولا : عدم اتخاذه أي حيطة لمنع الخطر في بادىء الأمر مع ما شاهده من حالة المتوفاة قبل الولادة بشهر ثم بعشرة أيام من وضع الجنين في البطن بالحالة السالفة الذكر وضيق الحوض وكان الواجب عليه أن يتوقع تعسر الولادة وتفهيمه آل المتوفاة حقيقة الأمر والإشارة عليهم بضرورة إجراء الولادة بالمستشفى أو عمل الترتيب اللازم إذا رأى أنهم صمموا على أن تكون الولادة بالمنزل كما حصل مع الدكتور اسماعيل بك صدقي لا أن يذهب وحده طمعاً في الأجر الذي اتفق عليه ودون أن يتخذ أي حيطة حتى أنه أهمل في أخذ العدد الكافية التي يمكن أن يحتاج إليها في مثل هذه الحالة غير الاعتيادية كما هو ثابت من التحقيق وأقوال حضرة الدكتور إيلي نجار شاهد النفي بمحضر البوليس .

ثانياً : أنه عندما باشر الولادة فعلا ووجد أن الحالة صعبة كما تقدم لم يبادر بإرسال الوالدة إلى المستشفى أو يطلب طبيبا آخر لمعونته في الوقت المناسب قبل أن يستفحل الخطر مع أن آل المتوفاة عرضوا عليه ذلك فرفض ، ولم يطلب استدعاء طبيب آخر إلا بعد أن ساءت الحالة وحصل نزف شديد وأغمى على المتوفاة .

ثالثاً : الاستمرار في جذب الجنين مدة من الزمن واستعمال العنف في الجذب مع ما تبين من كبر حجم رأس الجنين ومع علم المتهم بوجود ضيق في الحوض خصوصاً بعد أن جرب أن طريقة الجذب لم تفده في إنزال الرأس لوجود عائق ميكانيكي يمنع من مرور الرأس من الحوض فلا معنى لاستمرار الجذب بالكيفية المذكورة بعد ذلك مدة عشر دقائق أو ربع ساعة أو نصف ساعة مع وجود العائق المذكور ومع علم المتهم أن كل دقيقة تمر تؤثر على الوالدة وتقربها من الخطر شيئاً فشيئاً مع أن المسموح أن الطبيب يستعمل طريقة الجذب لحد محدود يقدره الفنيون بمدة لا يصح أن تزيد على خمس دقائق و يقولون إنه بعد ذلك من المؤكد أن الجنين يموت وفي هذه الأحوال تكون السرعة واجبة جداً ويجب على كل حال أن يكون الجذب فنياً بحيث يجذب الجنين في اتجاه معين مع اتخاذ الحيطة لجعل الرأس تدخل في الحوض بأقصر أقطارها فاذا ما اتخذ الطبيب

ومن أجل ذلك يتعين عليه ألا يقدم على إجراء عملية إذا كان فى حالة لا تسمح له بإجرائها من غير أن يعرض المريض لخطر لا مبرر له وهو ما قضت به محكمة دويه فى ١٩ يناير سنة ١٩٣١ إذ باشر الطبيب عملية كحت[1] لامرأة ويده اليمنى مصابة بعجز يكاد يكون تاماً[2] .

= هذه الاجراءات مدة ومع علمه بأن الحوض ضيق والرأس كبيرة فكان يجب عليه أن يوقف هذه اجراءات ويتخذ غيرها وهى ثقب الرأس بثاقب الرأس ليصغر حجمها ويسهل نزولها ولقد ذكر جناب الطبيب الشرعى فى ذلك بالصفحة الخامسة من محضر الجلسة هذه العبارة :

« إن استمرار الجذب مع وجود العائق حتى يفصل الرأس عن الجسم لا يقبله الطب وأشوف أنه كان فيه جهل وعدم احتياط وما أصدقش إن اللى يعمل كدا يكون مولد » وقال حضرة الدكتور نجيب بك محفوظ فى ذلك إنه يستبعد على طبيب متمرن مختص بالولادة جذب الرأس حتى يفصل عن العنق وقال إنه من الجائز أن يحصل ذلك من طبيب غير أخصائى يعالج كل الأمراض .

رابعاً — طلب المتهم معاونة آل المتوفاة له فى جذب الجنين مع أن الجذب يجب أن يكون فنياً كما تقدم وما كان يصح له أن يستعين بمثلهما فى مثل هذا العمل الفنى الخطير وهما لا يدريان فيه شيئاً . أما ما ذكره الدفاع بإلقاء مسئولية فصل الرأس عن الجسم على آل المتوفاة فلا يمكن الأخذ به لأن المتهم هو الذى طلب هذه المعاونة منهم فهو المسئول عن ذلك وما كان فى استطاعتهم فى هذا الوقت الحرج عدم معاونته فيما يطلب وكان الواجب يقضى عليه فى مثل هذه الحالة بسرعة طلب حكيم أخصائى لمعاونته فى هذا الأمر أو يأمر فوراً بإرسال الوالدة للمستشفى كما أشار بذلك الدكتور إيلى نجار بمجرد أن حضر ورأى الحالة سيئة .

وحيث إنه لا شك أن كل هذه غلطات جسيمة يجب أن يسأل المتهم عنها . . . »

(١) Curetage d'utérus

(٢) دويه فى ١٩٣١/١/١٩ المجلة الفصلية ١٩٣٢ تعليقات ديموج ص ١٥٥ ؛؛ بند ٧ ، دويه ١٩٢٤/٧/٢١ جازيت باليه ١٩٢٤ — ٢ — ٥٤٥ وقد نسب إلى الطبيب أنه أجرى عملية ولادة وفى أصبعه خراج ملوث نقررت المحكمة أنه لو ثبت ذلك لعد مرتكباً لخطأ جسيم يوجب مسئوليته ، دويه ١٨٨٢/٥/١٦ سيرى ١٨٨٩ — ٢ — ١٥٣ وقد اعتبرت الطبيب مسئولا عن قيامه بعملية ولادة وهو فى حالة سكر .

والحال كذلك أيضاً فى جميع الأحوال التى يكون فيها الطبيب مصاباً بمرض قد تنتقل عدواه إلى المريض . راجع رسالة مانش ص ١١٥ و ١١٦ والأحكام المشار إليها فيها وديفلو ص ٨٤ .

وترتبط مسئولية الطبيب فى هذه الناحية بواجبه فى الامتناع عن التعاقد إذا كان تنفيذ العقد من شأنه أن يعرض المريض لخطر لا يتناسب مع حالته ، مارتان ص ١٢٦ .

والواقع أن فعل الطبيب ما كان يجد ما يبرره إلا إذا اقتضت الضرورة الإسراع فى إجراء العملية إنقاذاً لحياة المريض وهو ما عنيت محكمة دويه بحكمها الصادر فى ١٩٣١/١/١٩ بنفيه إذ قررت أن العملية التى أجراها ما كانت تقتضيها أية ضرورة عاجلة .

ومن أجل ذلك أيضاً يتحتم على الجراح أن يعنى بنظافة الجروح وتطهيرها حتى لا تتكون بؤرة للعدوى وهو ما قررته محكمة النقض فى ١٩٣٢/١/١١ إذ اعتبرت الطبيب مسئولا عن تركه أجساماً غريبة فى الجرح سببت تقيحاً أودى بحياة المريض[١].

ليس هذا فحسب بل على الطبيب أن يحقن المريض بمصل التيتانوس فى الأحوال التى تكون جروحه مشتبهاً فى أمرها[٢].

ولما كان تقدير مسئولية الجراحين يقتضى الخوض فى مسائل فنية فلا شك أن القاضى عليه ألا يخطو خطوة دون مشورة الخبراء من أعلام المهنة ، وهذا ما دعا القضاء فى أحوال قد يتصور الرجل العادى وجوب مسئولية الجراح فيها لأن يحكم بأن لا مسئولية عليه ونقصد أن نشير هنا إلى حالة ما يسهو الجراح فيترك فى جسم المريض قطعة من القطن أو الشاش أو آلة مما يستعمله، فلئن بدا أن مثل هذا الفعل من جانب الطبيب يعتبر إهمالا لا شك فيه وهو ما قررته محكمة ايتامب فى ١٦ مايو سنة ١٩٣٣[٣] فإن محكمة استئناف بيزانسون قضت بأنه إذا كان الأصل أن ترك قطعة من الشاش فى جسم المريض أثناء عملية جراحية يعتبر خطأ من جانب الجراح

---

(١) نقض ١٩٣٢/١/١١ سيرى ١٩٣٢ — ١ — ١١٠ . وراجع فى المسئولية عن عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة فى التعقيم منعاً لانتقال العدوى . نانسى فى ١٩٢٨/١/١٩ سيرى ١٩٣٢ — ١ — ١١٠ .

(٢) فلانسين ١٩٣٠/١٢/٢٦ جازيت باليه ١٩٣١ — ٢ — ٣٤٨ سيرى ٣١ — ٢ — ٢٢١ ، سافاتييه جـ ٢ بند ٧٩٤ ص ٤١٢ .

(٣) إيتامب فى ١٦ مايو سنة ١٩٣٣ فى مذكرة « D » تعليقاً على بوردو فى ٦/٧ سنة ١٩٣٣ فى جازيت باليه ١٩٣٣ — ٢ — ٦١٥ سين ١٩٢٤/٦/٥ فى بتل ص ١٦١ ؟؟ حكم انجليزى ١٩٠٤/٦/٧ استقلال سنة ٣ رقم ٣٠٤ ص ١٨٧ ، باريس ١٩١٢/١/١٠ جازيت باليه ١٩١٢ — ٢ — ٢٥ ، أميان ١٩٣١/٧/١٦ جازيت باليه ١٩٣١ — ١ — ٧٧٣ ، تورن ١٩٣٣/٣/٢٠ وتعليق البرتومونتيل فى المجلة الفصلية ١٩٣٥ ص ٩٦٦ ؟؟ بند ٤ ، سين ١٩٣١/٢/١٧ مذكور فى بيتل ص ١٦١ .

قارن دويه ١٩٢٩/١١/٢٧ « D.H. » ١٩٣٠ ملخص ٣٩ ، وتقرير الخبراء فى قضية سين ١٩٢٤/٦/٥ فى بيتل ص ١٦١ ؟؟ .

الذى له من يساعده ، فإن هناك بعض عمليات لها من الخطورة الخاصة ما يوجب أجراءها بمنتهى السرعة إذ لكل دقيقة قيمتها ، فمتى كانت هذه هى الحال فإن نسيان قطعة من القطن أو الشاش فى جسم المريض لا يعتبر خطأ من الجراح بل مجرد حادث جراحى لا يسأل عنه الطبيب[١] .

وليس فيما قضت به محكمة استئناف بيزانسون سوى تطبيق لحالة الضرورة التى توفرت أركانها فى ظروف الدعوى[٢] . ولئن كان الفقه قد تعرض لبحث حالة الضرورة فى دائرة المسئولية التقصيرية[٣] فهى موجودة أيضاً فى دائرة المسئولية العقدية[٤] وتوفرها فى أى الحالتين يبيح للشخص أن يأتى أعمالا فى ذاتها غير مشروعة ، كما هى الحال فى ترك قطعة الشاش فى جسم المريض ، وإنما تستمد مشروعيتها من ذلك الظرف الذى يستدعى سرعة التصرف على وجه معين إنقاذاً لشخص من خطر جسيم على وشك الوقوع به .

وهكذا يبين أن خطورة العملية وما تقتضيه من سرعة فى إجرائها يبرران

---

(١) بيزانسون ١٩٣٢/٧/١١ جازيت باليه ١٩٣٤ــ٢ــ٦٩٤ ، باريس ١٦ ابريل سنة ١٩٣٤ جازيت باليه ١٩٣٤ــ٢ــ١١ و D. H ١٩٣٤ــ٣٢١ ، باريس ١٩٣٤/١٠/٢٩ D. H. ١٩٣٤ــ٦٠٩ و G. P. ١٩٣٤ــ٢ــ٩٠٥ وقد قررت المحكمة نفس المبدأ فى ظروف مماثلة ثم أشارت إلى أن عبء الإثبات يقع على عاتق الطبيب وهو تطبيق للقواعد العامة فى الإثبات ، سين ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ جازيت باليه ١٩٣٥ــ١ــ٤٣ ، باريس ١٩١٢/١/١٠ G. P. ١٩١٢ــ٢ــ٢٥ ، مازو ج١ بند ٥١١ ص ٥٥٤ ، ورالييه ص ٥٦ ، ومازان ص ١٨٨ ؛؛ لاكاس بند ١٣٣ ، وبلانش روديه ص١٣٩ ؛؛ خاصة ص١٤١ ، فوازينيه ص١٣٧ و ١٣٨ ، سافاتييه ص٤١٤ بند ٧٩٥ ، محاضرة فى السوربون للأستاذ ديلبت فى مجلة باريس أول مارس سنة ١٩١١ ص٥٠ ؛؛ .

قرب هالسبورى ج٢٣ بند ٨٢٨ ص ٥٧٦ و٥٧٧ .

(٢) ديموج فى التعليق على الحكم فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٢ ص١١٠٤ بند٢١ .

(٣) ديموج الالتزامات ج ٣ بند ٢٤٠ . وراجع فى بحث حالة الضرورة وأثرها فى المسئولية المدنية سافاتييه ٩٨ ؛؛ ديموج ج ٤ بند ٧٢١ وج١ بند ٣٢٠ ، مازو ج١ بند٤٩٢ ، وريبير القاعدة الخلقية بند ٤٦ ، لالو طبعة ١٩٢٨ بند ١١٥ ؛؛ لالمان — حالة الضرورة فى المسائل المدنية بند٢٦ ؛؛ دونديودى فابر — النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص٤٢٠ .

(٤) ديموج الالتزامات ج٦ بند ٦٢٨ .

من سلوك الجراح ما قد يعتبر فى الأحوال العادية خطأ موجباً للمسئولية . والحال كذلك إذا عرضت للطبيب ظروف شاذة لم يكن فى استطاعته أن يتوقعها ولا فى مقدوره أن يعمل على تلافيها [١] . ومن ذلك ماعرض على محكمة العطارين فى ٩/٤/١٩٢٩ فى قضية نسب إلى الجراح فيها أنه تسبب بإهماله وعدم احتياطه فى قتل المجنى عليه بأن أجرى له عملية فتح الكيس الأنوريزمى ولم يقم بربط الشريان الفخذى أعلاه ولا باتخاذ الطرق الطبية الفنية لإيقاف النزيف الناشىء عن العملية .

ثبت للمحكمة أن المتهم لم يفطن إلى احتمال أن يكون الورم أينوريزميا وأنه ما أقدم على إجراء العملية إلا تحت الاعتقاد بأنه ورم بسيط ، وقد قرر الطبيب الشرعى أن المتهم يعذر فى تشخيصه المرض بأنه ورم بسيط ، كما شهد الدكتور رياض حكيمباشى الجراحة بالمستشفى الأميرى بأن التشخيص الذى أعطاه للمرض حسب العوارض الظاهرية وأهمها عدم وجود تموجات بالورم لايعتبر خطأ منه .

ومن أجل ذلك قررت المحكمة أن عدم استشارة المتهم وعدم استعانته بأحد زملائه وعدم استعداده لعملية فتح ورم أينوريزمى لا يعد إهمالا منه ولا يوجب مسئوليته [٢] . أما إذا كان فى إمكان الجراح أن يتوقع ما قد يعرض له من ظروف شاذة أثناء مباشرة العملية فإنه يكون مسئولا عما يلحق المريض من أضرار نتيجة عدم اتخاذه الحيطة اللازمة لتلافيها .

---

(١) مازان ص١٨٩ ، وبلانش روديه ص ١٤٥ ،

(٢) عطارين ٩/٤/ ١٩٢٩ حقوق سنة ٤٤ ص١٦٩ ، ويروى مازان مثلا حالة جراح قطع الشريان الموصل للرأس carotide أثناء إجرائه عملية فى بلعوم Esophage المريض وما كان يمكن أن ينسب ذلك إلى خطأ منه حيث ثبت أن شريان المريض لم يكن فى موضعه الطبيعى . راجع ساهو ص ٩٧ ، دويه ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٤ و ٢٣ يوليه سنة ١٩٣٥ فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٦ ص ٤٨٠ رقم١٧ وتعليق ديموج والمحكمة قررت ألا مسئولية على الجراح إذا توفى المريض عقب تدخله نتيجة لشذوذ فى جسمه ما كان له أن يعرفه .

قرب هالسبورى جـ٢٢ ص٣١٩ هامش ٢ .

حدث أن جراحاً قبل إجراء عملية الزائدة الدودية لمريض و بعد أن طهر جسمه بالكحول لاحظ وجود بثر بالقرب من موضع العملية فأراد أن يزيله بطريق الكى حتى لا يكون مصدر عدوى للجرح ولكن مابقى من آثار الكحول إشتعل فسبب للمريض حروقا فى جسمه ، ولقد أخذ على الجراح أنه أهمل فى التحقق من زوال الكحول من ثنية غائرة فى موضع اتصال الفخذ بالبطن إذ ما كان يصح أن تفوته ملاحظة هذا الشذوذ الظاهر فى جسم المريض . لذلك يبدو لنا — خلافا لما رآه بيرو — أن محكمة السين قد أصابت فيما ذهبت إليه من تقرير مسئولية الجراح عن هذا الإهمال [1].

وإذا كانت خطورة العملية ودقتها وما يفاجأ به الجراح من ظروف شاذة فى إجرائها من شأنها إعفاؤه من المسئولية عن إهمال احتياطات توجبها الأصول المهنية فى الأحوال العادية فإن الحال كذلك أيضا إذا اقتضت الضرورة سرعة إجراء العملية فى ظروف غير ملائمة [2].

---

(١) سين ٢٩ أكتوبر سنة ١٩١٢ سيرى ١٩١٤–٢–١٥٣ وتعليق بيرو .
وقد جاء فى حيثيات الحكم :

Attendu que loin de voir une explication fortuite de l'accident dans le fait de la conformation spéciale du malade le tribunal estime que le chirurgien qui nécessairement connaissait bien cette conformation et qui devait avoir eu son attention tout particulièrement appelée sur elle n'aurait pas dû approcher le thermocautére du corps du malade, sans s'être préalablement assuré qu'aucune trace d'alcool ne restait sur aucune partie du corps notamment dans le pli inguinal anormalement profond et sous le dos cambré:...

وقد أخذ بيرو على هذا الحكم أنه نسب إلى الطبيب الإهمال فى التحقق من خلو جسم المريض من آثار الكحول رغم أنه عمل على تجفيفه بالطرق المعتادة ولم يلفت المريض نظره إلى ما فى جسمه من شذوذ حتى يأخذ من جانبه عناية أشد تلافياً لوقوع الضرر .

وأيد بيرو رأيه بأن القضاء مستقر على أن الشخص لا يسأل عن ضرر حاق بالغير إذا لم يكن ثمة ما ينبهه إلى احتمال حصوله واتخذ من جانبه الاحتياطات المعتادة لتلافيه .

ولقد فات بيرو أن العقد الطبي يلزم الجراح بدراسة حالة المريض وتكوينه الجسمانى قبل مباشرة العملية وما كان يغتفر له أن لا يلحظ مثل هذا الشذوذ الظاهر فى جسم المريض .

(٢) دونديودى فابر النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص٤٤٨ — مازان ص ١٩٠ ، ريير المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٨ ص ٢٠١ .

وتطبيقا لذلك حكمت محكمة استئناف باريس بعدم مسئولية الطبيب الذى اضطر فى سبيل تفريغ رأس الطفل أثناء ولادة عسرة أن يستعمل إبرة فراش فاخترقت الأجهزة التناسلية للوالدة وأحدثت لها التهابا بريتونيا أودى بحياتها .

ولما كانت محكمة أول درجة قد حكمت على الطبيب بالمسئولية فقد ألغى الحكم أمام محكمة الاستئناف التى قررت أن حالة الضرورة تبرر للطبيب أن يستعمل ما يراه مناسباً من الآلات التى توجد تحت يده ، إذ ليس أمامه إلا أن يختار بين أمرين أحلاهما مر ، فإما أن يترك الوالدة تتعسر فى ولادتها حتى تلفظ أنفاسها الأخيرة وإما أن ينهض لإنقاذ حياتها بإجراء عملية فى ظروف غير ملائمة(١) .

ولكن الضرورة يجب أن تقاس بمقدارها فهى لا تبيح للطبيب أن يغفل من الاحتياطات إلا ما يتعذر عليه اتخاذه . فلا غرو ان قضت محكمة دومفرون فى ١٨٣٠/٩/٢٨ بمسئولية طبيب دعى لمباشرة ولادة عسرة فتسرع ببتر ذراعى الطفل قبل أن يبذل أى جهد فى تحويله وقبل أن يتبين الضرورة التى تسوغ هذا البتر(٢) .

وقبل أن نختتم الكلام على مسئولية الجراحين لا يفوتنا أن نشير إلى حكم قديم صدر من برلمان باريس فى ١١ مارس سنة ١٧٧١ قضى بأن الجراح لا يسأل عن رعونته فى إجراء عملية أمره بها الطبيب المعالج(٣) .

ولا شك أن إعفاء الطبيب من المسئولية رغم ما ثبت من اشتراكه فى الخطأ مع الطبيب الذى أشار بإجراء العملية بعيد عن أن يتفق وما وصل اليه الفقه والقضاء الحديثين . ثم إن القول بأن مسئولية الطبيب تنفى مسئولية الجراح الذى لم يفعل

---

(١) باريس ٤ مارس سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨—٢—٤٤٩ وسيرى ٩٩—٢—٩٠ وتعليق بيتل فى كتابه ص١١٧ ، ليون دنيس فى دالوز ١٩١٩—٢—٧٣ تعليقاً على باريس ٢٢ يناير سنة ١٩١٣ ، عابدين ١٩٠٢/١٢/٨ حقوق سنة ١٨ ص٢٩٣ رقم١٨٢ ، وقد حاول الطبيب أن يبرر عمله بتوفر حالة الضرورة ولكن المحكمة لم تشاركه فى أنها كانت موجودة .

(٢) قارن الظروف التى صدر فيها حكم محكمة سيدان وبرلمان نانسى فى ميرلان تحت كلمة جراح ثانياً ص٦٦٢ ، ودومفرون ١٨٣٠/٩/٢٨ جازيت المحاكم ١٨٣١/٤/٢٦ .

(٣) برلمان باريس فى ١١ مارس سنة ١٧٧١ ميرلان تحت كلمة جراح ثانياً ص٦٦٢ .

أكثر من أنه نفذ ما أمر به ، لا يتفق وما يتمتع به الجراح من حرية في مزاولة مهنته ، وما يجب عليه من عناية في فحص المريض قبل أن يجرى له العملية التي تقتضيها حالته[١].

وهكذا يتضح أن الجراح مسئول عن كل خطأ يصدر منه ؛ أما إذا جنب سلوكه مواطن الخطأ فلا مسئولية عليه أيا كانت نتيجة العملية إذ يجب ألا يغرب عن البال أنه لا يضمن للمريض السلامة والشفاء وإنما يلتزم بأن يبذل في علاجه عناية الجراح اليقظ[٢].

---

(١) نقض ٢٢ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية المدنية ج ١ ص ١١٥٦ رقم ٣٧٦ .

قارن ما يقوله ميرنياك تعليقاً على إكس في ٢٢/١٠/١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧—٢—٤١ .

(٢) باريس ٢٠/١١/١٩٢٤ جازيت باليه ١٩٢٥—١—١٦٦ ، وقد جاء في حيثيات الحكم :

On ne saurait retenir comme un principe de responsabilité le fait que Misonne n'aurait pas rétiré de l'opération l'avantage qu'il en attendait; que tout d'abord les experts affirment que cet insuccés est dû, en grande partie, au fait que le demandeur ne se serait pas prêté avec une patience suffisante, aux soins post-operatoires nécessaires pour assurer un assoupli-ssement satisfaisant du pied;mais que même si le succés n'avait pas repondu aux espérances que le professeur Cunéo avait placées dans les résultats de l'intervention, ce fait ne saurait suffir à engager la responsabilité du chirurgien devant la justice, qui doit seulement chercher s'il y a eu dans les soins donnés au malade une faute pouvant justifier l'application des dispositions écrites aux art 1382 et 1383 C. Civ.

ولا مسئولية على الجراح متى ثبت أنه استعمل آلات صالحة واتبع الاحتياطات التي توجبها أصول المهنة .

نقض ٣١/١٠/١٩٣٣ سيري ١٩٣٤—١—١١ ودالوز ١٩٣٣—٥٣٧ ، مصر الابتدائية ١٩٣٩ حقوق سنة ٥٤ ص ٧٨ و ٩٤ و ١٨٠ ، نقض ١٨/١٠/١٩٣٧ سيرى ١٩٣٨—١—٦ ودالوز الأسبوعي ١٩٣٧—٥٤٩ ، وقد أعفت الطبيب من المسئولية عن هفوة جراحية لا تنطوى في ذاتها على معنى الخطأ . وقد جاء في حيثيات الحكم :

Doit être cassé l'arrêt qui rélève à l'encontre d'un médecin une double faute, incision insuffisante d'un abcès dont il aurait dû prévoir les conséquences; retard à provoquer l'admission du malade à l'hopital =

مسئولية الطبيب عن الآلات المستعملة

لا شك أن التقدم العلمى وضع تحت أيدى الأطباء آلات جديدة إن كانت لها

= dès qu'il vit l'abcès dégénerer en phlegmon profond et le menaçant alors, que si les experts commis ont considéré que le médecin «avait manqué de coup d'œil chirurgical», il ne lui ont pas imputé à faute d'avoir tardé pour faire transporter son malade à l'hopital et ont été d'accord au contraire pour reconnaître qu'il n'y avait pas eu de sa part faute de technique médicale dans l'administration des piqûres et que l'état de délabrement du malade ainsi que la rigueur de la saison d'étè (Au Maroc) avaient pu déjouer les préventions les plus raisonnées.

راجع أيضاً العطارين الجزئية فى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ حقوق سنة ٤٤ ص ١٦٩ وهى القضية التى أشرنا إلى ظروفها آنفاً وكان من ضمن ما أخذ على الطبيب فيها أنه لم يربط الشريان الفخذى بعد إجراء العملية لمنع النزيف ولكن المحكمة لم تر مؤاخذته على ذلك حيث ثبت لها أنه ما كان فى استطاعته أن يضع رباط تورنيكيه على مركز الورم لدقة موضعه ولاستحالة الربط عند نهاية الفخذ بسبب انتشار الورم .

الاسكندرية الابتدائية ١٩٣٩/٧/٨ فى القضية رقم ٢٢٦ سنة ١٩٣٨ كلى ، مونتبليه ١٩٢٩/١٢/٣١ Juris Classeur civil م ١٣٨٢ إلى ١٣٨٤ المسئولية الطبية رقم ١٦٤ ، وردو ١٩٠٢/٧/٢٨ دالوز ١٩٠٨—١—٥٧٤ ، نقض فى ١٩٣٥/١٢/١٧ جازيت باليه ١٩٣٦—١—٤١١ ، ريوم ١٩٢٩/٢/٥ جازيت باليه ١٩٢٩—١—٦٤٩ ، نقض ٩٣٧/٦/١ سيرى ١٩٣٧—١—٢٧٠ ، سين ١٩٢٠/١٢/١٤ دالوز ١٩٢١—٢—٢٧ ، باريس ١٢/٢ سنة ١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥/٤/١٩ ، سين ١٩٣٧/١/١٩ جازيت باليه ١٩٣٧/٧/٢٠ .

راجع أيضاً فى الشريعة الإسلامية حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٧٦ ، ومعين الحكام ص ١٩٨ ، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٣٧ . وقال الشافعى رضى الله عنه فى الأم ج ٦ ص ١٦٦ « وإذا أمر الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يبيطر دابته فتلفوا من فعله فإن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه » .

قرب متز — ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ سيرى ١٨٦٨—٢—١٠٦ .

ولا جرم أنه حتى يسأل الجراح لابد أن يقوم الدليل القاطع على الخطأ المنسوب إليه، فلا غرو أن عمدت النيابة إلى حفظ القضية رقم ٢٢٠ جنح مركزية مصر القديمة سنة ١٩٤٤ وتلخص وقائعها بحسب أقوال والد المجنى عليه فى أنه ذهب بابنه إلى مستشفى فؤاد الأول لإجراء عملية ختان له . وقد قام الدكتور . . . بإجراء العملية ولكنه لم يقم بإجرائها طبقاً للأصول الفنية فقطع جزءاً من قضيب المجنى عليه .

قرر الطبيب الشرعى أن حالة المجنى عليه نشأت عن عدوى ميكروبية وأن هذه العدوى قد تكون بسبب عدم العناية بتعقيم موضع العملية أو الآلات التى استعملت وقد تكون نتيجة عبث المريض نفسه بمكان العملية أو بالغيارات التى عليها .

فائدتها فلها أيضاً دقتها وخطورتها فعلى أى أساس يمكن أن تقوم مسئوليتهم عن استعمالها ؟

ثار البحث فى فرنسا فيما إذا كانت المادة ١٣٨٤ فقرة أولى تنطبق على الأطباء أو بعبارة أخرى فيما إذا كان من الممكن اعتبارهم مسئولين لمجرد إصابة المريض بالضرر من جراء الآلات التى يستعملونها .

ولم يعد الأمر مجرد بحث نظرى بالنسبة لنا بعد أن نصت المادة ١٧٨ من القانون المدنى الحديث على أن كل من تولى حراسة آلة ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب حراستها عناية خاصة يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه .

والواقع أنه طالما كانت المحاكم تعتبر مسئولية الأطباء تقصيرية فلم يكن هناك بد من إخضاعهم لحكم المادة ١٣٨٤ فقرة ١ متى توفرت شروطها[١] لا سيما بعد أن قررت الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية فى ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ أن تلك المادة تضع على عاتق حارس الشىء قرينة بالمسئولية ، لا فرق فى ذلك بين أن يكون الضرر راجعاً لعيب فى ذات الشىء أو فى استعماله[٢]، ولا بين أن يكون الشىء خطراً أو غير خطر[٣] ، محركا بيد الانسان أو متحركا بقوته الذاتية[٤] ؛ وهكذا فإن المادة ١٣٨٤ فقرة أولى تطبق على الطبيب كلما استعمل آلة لها دور

---

(١) ديموج المجلة الفصلية سنة ١٩٣٣ ص ٨٧٨ بند ١١ .

قارن بيتل ص ٣٠ ؛؛ والنشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣٥ ص ٤٥٠ .

عكس هوجينى النشرة الطبية الشرعية ١٩٢٨ ص ١١٩ ؛؛ فى المسئولية عن الأشياء الجامدة وتطبيقها فى الطب ، لاكاس بند ١٠٦ .

(٢) مازو بند ١١٥٣ و ١٢٠٩ و ١٢١٥؛؛ .

(٣) مازو بند ١١٥٣ و ١٢٠٩ و ١٢٢٧ ؛؛ سنهورى الالتزامات بند ٣٦٥ص٣٧١ بند ٣٦٩ .

عكس ريبير مذكور فى مرعى بند ٢٦٠ ، حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام بند ٥٢١ و٥٢٣ .

(٤) مازو بند ١١٥٣ و ١٢١٥ ؛؛ و ١٢٣٠ و ١٢٤٠ ، سنهورى الالتزامات بند ٣٦٥ و ٣٦٩ حشمت بند ٥٢١ و ٥٢٣ .

إيجابى فى إحداث الضرر[(١)]، إذ أنه يعتبر حارساً للآلات التى يستعملها فى علاج مرضاه[(٢)]. إنما يجب عدم الخلط بين فعل الطبيب وفعل الآلة فلا ينسب الضرر لفعل الآلة إلا إذا أفلتت من حراسة الطبيب وخرجت عن أن تكون آلة سلبية فى يده. حقاً إن الطبيب هو الذى يحركها ومن ثم لا يتصور أن يكون لها فعل مستقل استقلالا تاماً عن نشاطه ولكن متى بدأ بتحريكها فإنه لا يحتفظ دائماً بسيطرته عليها وكثيراً ما تتعدى غرضه من استعمالها فتصيب المريض بأضرار لم يكن يقصدها[(٣)].

لا غرو إذن أن قررت محكمة إيتامب فى ١٦/٥/١٩٣٣[(٤)] أنه مع عدم ثبوت أى خطأ من الجراح فإنه يعتبر مسئولا إذا ترك قطعة شاش فى جسم المريض أثناء العملية، لأن قطعة الشاش تعتبر فى حراسته. وقد انتهت المحكمة مع ذلك إلى استبعاد تطبيق المادة ١٣٨٤ لعدم تمسك المدعى بها.

كذلك محكمة مورليه فى ١٧/٥/١٩٣٣ بعد أن رددت المبادىء التى قررتها محكمة النقض فى ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ طبقت المادة ١٣٨٤ فقرة أولى على الأضرار التى لحقت المريض من استعمال الأشعة وإن كانت حيثيات الحكم تشعر أن المحكمة أخذت على الطبيب أيضاً خطأ شخصياً يرجع إلى تعريض المريض لجرع من الأشعة تتجاوز حد احتماله[(٥)].

---

(١) راجع مازو بند ١٢١١/٨ فى اشتراط أن يكون للشىء دور إيجابى فى إحداث الضرر حتى يسأل عنه الحارس بمقتضى المادة ١٣٨٤ فقرة أولى.

(٢) راجع مازو بند ١٢٦٨ فقرة أخيرة وهامش ٣ و ١٢٧٠ فى الآخر وهامش ١٩. وقارن اسكندر فالمبارسكو — المجلة الفصلية سنة ١٩٣١ ص ٧٣٦.

(٣) قرب مازو بند ١٢١٥ و ١٢٤٥ ؟؟

(٤) إيتامب ١٦ مايو سنة ١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣—٢—٦٢٠.

(٥) مورليه فى ١٧ مايو سنة ١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣—٢—٢٥٧. والغريب فى هذا الحكم أنه بعد أن قرر أنه لا عبرة بطبيعة الشىء وما إذا كان الإنسان هو الذى يحركه أم لا، فرق بين آلات الأشعة ومشرط الجراح حيث جاء فيه.

Attendu qu'en l'espèce il s'agit d'un cas de responsabilité médicale tout particulier et qui n'a rien de commun avec le coup de stylet

أما محكمة ليون في ١٩ مارس سنة ١٩٣٥ فبعد أن قررت أن المادة ١٣٨٤ فقرة أولى عامة التطبيق أضافت بأنها لا تطبق على مشرط الجراح إذ هو آلة في يده لا ينفك عنها ولا يتصور أن يشمله الالتزام بالحراسة أكثر مما يشمل اليد ذاتها ولكن المادة تنطبق على الآلات التي لها آثار ذاتية وإن كان الانسان هو الذي يحركها كآلات الأشعة وذلك بشرط ألا يكون الغرض من استعمالها علاجياً[1] .

بل إن محكمة ريمس في ١٦ مارس سنة ١٩٣٦ طبقت المادة ١٣٨٤ فقرة أولى في حالة العلاج بأقراص أوكسى سيانور البوتاس إذ قررت أن استعمال هذا الدواء السام لا يكون إلا بأمر الطبيب فهو الحارس عليه بحيث إذا عهد به الى ممرضة مهملة يكون قد قصر في القيام بالتزامه بالحراسة[2] .

= malheureux du chirurgien, le stylet n'étant en quelque sorte que le prolongement de la main de l'opérateur auquel il obéit et qui est intimement lié à son adresse et à sa dextérité si bien qu'il est usuel de parler du tour de main plus ou moins habile de tel ou tel chirurgien; qu'ici le médecin met en action une machine qui, mise en mouvement, continue seule son mouvement, machine singulièrement délicate et qui, produisant des résulats heureux peut en déterminer de terriblement mauvais si le mécanisme est vicié, ou si l'entreprise est mal conduite...

وهذا الحكم يعيد إلى الذهن تلك التفرقة المندثرة بين الأشياء الصماء والأشياء ذات القوة المتحركة . (راجع مازو بند ١٢٤٠) وقد ألغى بحكم استئناف ربن في ١٩٣٤/١١/١٤ جازيت باليه ١٩٣٥—١—١٠٤ الذي تأيد من محكمة النقض في ١٥ يونية سنة ٩٣٧ سيرى ١٩٣٨—١—٥ جازيت باليه ١٩٣٧—٢—٤١١ . راجع تعليق ديموج على هذا الحكم في المجلة الفصلية سنة ١٩٣٣ ص ٨٧٨ بند ١١ وراجع في انتقاد هذا الحكم وانتقاد تطبيق المادة ١٣٨٤ فقرة أولى على الأطباء بوجه عام : J. Bélot. La responsabilité des médecins radiologistes n'est pas différente de celle des autres médecins.

وهذا المقال منشور في النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣٤ ص ٢٠٣ ؟؟ .

(١) وهذا الحكم يسرى عليه نفس الانتقاد الذي وجهناه لحكم موريليه السالف البيان إذ أنه فرق بغير مبرر بين آلات الأشعة ومشرط الجراح (جازيت باليه ١٩٣٥—١—٩١٤)

ولقد ألغى هذا الحكم أيضاً بحكم محكمة النقض في ١٩٤٠/٥/٢٧ مجموعة أحكام محكمة النقض سنة ١٩٤٠ ج٢ ١٤٢ رقم٧٥ ص١٤٧ وفي دالوز الأسبوعي ١٩٤٠ ص١٢٩ وراجع في التعليق على الحكم ديموج في المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ ص٨٢٦ ؟؟ بند١٤ .

(٢) ريمس ١٦ مارس سنة ١٩٣٦ جازيت باليه ١٩٣٦—٢—٦٧٥ . =

وإنا لنلمس من هذه الأحكام مقدار ما كانت تشعر به المحاكم من حرج فى تطبيق المادة ١٣٨٤ فقرة أولى على الأطباء فهى بين أن تقرر القاعدة ثم تنتهى الى عدم تطبيقها، أو تطبقها ثم تتلمس خطأ شخصياً تنسبه إلى الطبيب كما لو كان الاستناد إلى المادة ١٣٨٤ غير كاف لتبرير مسئوليته، أو تقرر القاعدة ثم تندفع فى تقسيمات لا مبرر لها ولا سند لها من القانون، وإلا فكيف تسوغ التفرقة بين مشرط الجراح وآلة الأشعة[1]، أليس فى ذلك عود إلى التفرقة التى نبذتها محكمة النقض بحكمها الشهير الصادر فى سنة ١٩٣٠ والذى قررت فيه أن المادة ١٣٨٤ تربط المسئولية بحراسة الشىء لا بالشىء ذاته، ثم أى اعتبار قانونى يسوغ التفرقة بين ما إذا كان الغرض من استعمال آلة الأشعة علاجياً أو لمجرد تصوير جزء من جسم المريض[2].

لسنا نرى فى ذلك إلا الحرج من تقرير قاعدة عامة تشعر المحكمة بما بينها وبين مسئولية الأطباء من نفور. وليس ذلك إلا دليلا على ما هنالك من شذوذ فى تطبيق القواعد العامة على مسئولية مهنية تقوم على اعتبارات إن لم تكن تدفعها إلى اتجاه مضاد لاتجاه المسئولية العادية، ذلك الاتجاه الذى لم يحد عنه تطور المسئولية

= ولا يفوتنا أن نشير إلى أن هذا الحكم ردد التفرقة العتيقة بين الأشياء الخطرة فى ذاتها وغير الخطرة وهى تفرقة نبذتها محكمة النقض لأن مناط المسئولية الشيئية ليس فى ذات الشىء بل فى حراسته. (راجع تحليل القضاء الفرنسى ـ مازو بند ١٢٢٨ ؟؟) حقاً إن أنصار هذا المعيار يربطونه بفكرة الحراسة ولكنهم أخطأوا فى فهم معنى الحراسة (مازو بند ١٢٠٩). إذ المقصود بها الالتزام القانونى بالمحافظة على الشىء لا مجرد السيطرة عليه. فالعبرة بالحراسة القانونية المبنية على حق الاشراف على الشىء وتوجيهه لا بالحراسة المادية ومن ثم فهى متصورة بالنسبة لجميع الأشياء بغض النظر عن خطورتها (مازو بند ١١٥٨ ؟؟ و١١٨٧ و١٢٣٥).

ولعمرى إن العودة لمثل هذه التمييزات المهجورة لأكبر دليل على ما تشعر به المحاكم من حرج فى تطبيق مادة أوحت الى التوسع فى تفسيرها اعتبارات بعيدة عن أن تتفق مع الأسس التى يجب أن تبنى عليها المسئولية الطبية.

(١) راجع فى مسئولية الجراح طبقاً للمادة ١٣٨٤ فقرة أولى إذا تعدى مشرطه الى عضو لم يقصد المساس به (مازو ١٢٧٠ فقرة أخيرة وهامش ١٩).

(٢) راجع فى انتقاد التفرقة بين استعمال الأشعة بقصد التصوير واستعمالها بقصد العلاج؟ بلانتى ورويه ١٢٦ و١٢٧.

من ضمان إيصال التعويض إلى المصاب بشق الطرق ، فهو أقرب إلى التوفيق بين المصالح المختلفة منه إلى تغليب مصلحة المصاب — هذا الاتجاه هو تحقيق التوازن بين صالح الطبيب وصالح المريض ، صالحان لا تعارض بينهما بل هما متضامنان إذ أن إثقال كاهل الطبيب يشل نشاطه فى العلاج و يعود على مريضه بأبلغ الضرر ، كما أن أن إعفاءه من تبعة تقصيره يفقد المريض ثقته فى المهنة الطبية ويحط من مستواها ويحرم الأطباء من مصدر رزقهم .

وإذا كان مفهوماً أن يتحمل الشخص تبعة الأشياء التى يستفيد منها والتى يجنى خيرها فإنه لا يفهم كيف يسأل الطبيب مسئولية مادية عن الآلات التى يستعملها لعلاج المريض الذى يشاء حظه التعس إلا أن يصبح مجنياً عليه منها .

لا غرو إذن أن مالت المحاكم ، حتى قبل أن يتقرر اعتبار المسئولية الطبية عقدية، إلى الخروج بها عن حكم المادة ١٣٨٤ فقرة أولى التى لا تثقل كاهل الطبيب فحسب بل تضعه فى مركز شاذ إذ يتعذر عليه غالباً نفى المسئولية بإثبات القوة القاهرة ، فيظل مسئولا عما يلحق المريض من أضرار قد تكون راجعة الى التطور الطبيعى لمرضه، وفى ذلك غلو كبير وإفراط فى تحميله مسئوليات لا قبل له بتحملها[1] .

وتدور الاعتبارات التى استندت إليها المحاكم فى استبعاد تطبيق المادة ١٣٨٤ فقرة أولى على الأطباء فيما يلى :

أولا — قيل إن الضرر الذى يصيب المريض ليس فى الواقع من فعل الشيء الذى استعمله الطبيب بل من فعل الطبيب نفسه إذ لا يمكن أن يكون هناك فعل للشيء الا اذا خرج عن إشراف حارسه ولم يكن آلة سلبية فى يده ، ولكن عند ما يصيب المريض ضرر من آلة يستعملها الطبيب فإن تلك الآلة تبدو أن تكون وسيلة فى تنفيذ إرادته كأصابعه تماماً ، ومصدر الضرر خطأ فى استعمالها أى إهمال أو تفريط من الطبيب[2] .

---

(١) لاكاس بند ١٠٥ — ناست في دالوز ١٩٣٢ـ٢ـ٥ .

(٢) ناست تعليقاً على اكس ١٦ يولية سنة ١٩٣١ فى دالوز ١٩٣٢ـ٢ـ٥ ، يتل ص ٣١ ،لاكاس بند ١٠٧ ، بلانش روديه ص١٧٤ و١٧٥ ، بيلو ـ مسئولية أطباء الأشعة

وهذا القول فيه تغافل عن حقيقة جوهرية وهى أنه لا يتصور أن يكون الشىء الجامد فعل مستقل استقلالا تاماً عن فعل الإنسان ، إذ الإنسان هو الذى يحرك الشىء[١] ، ومع ذلك لم يقل أحد أن الشىء لا يمكن أن يكون سبباً للضرر . فتى توافرت علاقة السببية بين الشىء والضرر ومتى أمكن القول بأن لفعل الشىء دوراً إيجابياً فى إحداثه[٢] فإنه لا يصح استبعاد المادة ١٣٨٤ فقرة أولى إلا إذا ثبت أن الطبيب قد تعمد حصول الضرر ، إذ فى غير هذه الحالة يكون الشىء قد تعدت آثاره ما قصده الطبيب ومن ثم يكون قد خرج عن حراسته[٣] .

ولما كانت هذه الحجة لا تصمد للنقد فقد أضافت إليها المحاكم حجة أخرى إذ قررت ،

ثانياً — أن المريض وقد قبل من الطبيب استعمال الآلات أو الأجهزة التى استخدمها فى علاجه يعتبر مشتركا فى استعمالها وقابلا للمخاطر العادية الناشئة عنها[٤] ومن ثم لا يستفيد من القرينة المستمدة من المادة ١٣٨٤ فقرة أولى[٥] .

= لا تختلف عن مسئولية سائر الأطباء فى النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣٤ ص ٢٠٣ ؟؟ بيسوت ـ فكرة الحراسة فى المسئولية عن الأشياء الجامدة ص ٣٠ ؟؟ وراجع ماقررته محكمة ليون فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥—١—٩١٥ بخصوص مشرط الجراح ، ونانت فى ٢٠ يناير سنة ١٩٢٥ جازيت باليه ١٩٢٥ـ١ـ٥٥٣ ، وبخارست ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ وتعليق فالميارسكو فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣١ ص ٧٣٦ ، ومورليه فى ١٩٣٣/٥/١٧ جازيت باليه ١٩٣٣ـ٢ـ٢٥٧ .

(١) مازو بند ١٢١٦ ؟؟ .

(٢) مازو بند ٨/١٢١١ .

(٣) مازو ١٢٤٨ و١٢٥٦ و١٢١٥ .

(٤) راجع فى قبول المريض لمخاطر العلاج مازو بند ١٤٨٥ ؟؟ إلى ١٥٠١ .

(٥) سين ٣٠ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت باليه ١٩٣٠ـ١ـ٤٣٢ ، مرسيليا ٥ مايو سنة ١٩٣٠ دالوز الأسبوعى ١٩٣٠ـ٣٨٩ ، سين ٢٣ يونيه سنة ١٩٣٠ الأسبوع القانونى ٨٧ يونيه سنة ١٩٣٤ ص ٥٨٤ ، اكس ١٩٣١/٧/١٦ دالوز ١٩٣٢ـ٢ـ٥ وتعليق ناست ، دويه ٢٦ مارس سنة ١٩٣٤ المجلة الفصلية سنة ١٩٣٤ ص ٦٠٩ وسنة ١٩٣٧ بند ١٤ من تعليقات ديموج ص ٨٢٦ ؟؟ رين ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٤ جازيت باليه ١٩٣٥ـ١ـ١٠٤ وتعليق ديموج فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٥ ص ١٣٥ ؟؟ بند ٦ ، رين ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٦ـ١ـ٢٥٧ وتعليق ديموج فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٦ ص ١٨٦ رقم ٢٥ =

وهذه الحجة بدورها غير وجيهة فضلا عن أن القضاء لم يستند إلى فكرة الاشتراك فى استعمال الشىء لكى يستبعد المادة ١٣٨٤ فقرة أولى إلا فى حالة الاستعمال المجانى ، فإنه حتى فى هذه الدائرة الضيقة لم يجد من الناحية القانونية ما يبرر هذا الاستبعاد حتى حق لمازو أن يصف هذا القضاء بأنه عمل بريتورى[١] .

و إذا كان الأمر كذلك فليس بمستساغ أن يحصل التوسع فى فكرة تفتقر إلى سندها من حيث القانون[٢] . فلا غرو إذن أن انتهى القضاء إلى ما كان يجب أن يتنبه إليه منذ البداية فقرر ،

ثالثاً — أن العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة عقدية تنفى بذاتها إمكان تطبيق المادة ١٣٨٤ فقرة أولى[٣] إذ العبرة فى دائرة المسئولية العقدية بمدى

= برجراك ٢٤ فبراير سنة١٩٣٧ الفهرس الطبي فى ابريل سنة ١٩٣٧ ، نقض ١٥ يونية سنة ١٩٣٧ سيرى ١٩٣٨ـ١ـ٥ جازيت باليه ١٩٣٧ـ٢ـ٤١١ ، ساهو ص١١١ ، ديموج المجلة الفصلية سنة ١٩٣٥ص١٣٥؛؛ بند ٦، مذكرة ريبير تعليقاً على نقض ٢٧ مارس، سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٨ـ١ـ١٤٥،لاكاس بند ١٠٥و١٠٦، ديوران بند ٣٣ص١٠٢؛؛ ناست فى دالوز ١٩٣٢—٢—٥ ، بلانش روديه ص١٣٣ فى الآخر ، سافاتييه ج ٢ بند ٧٩٧ والحال بالمثل للمسافر بالمجان الذى اشترك بغير أجر فى استعمال السيارة . نقض ٩ يناير ١٩٢٦ فى ديفلو ص ١٦٨ .

(١) مازو بند ١٢٨٧ .

(٢) مازو بند ١٢٩٠ و ١٢٩٣ و ١٢٧٤ .

(٣) بخارست ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ وتعليق فاليمارسكوف المجلة الفصلية سنة ١٩٣١ ص ٧٣٦ ، سين ١٩٣٠/١/٣٠ جازيت باليه ١٩٣٠ـ١ـ٤٣٢ ، مرسيليا ١٩٣٠/٥/٥ دالوز الأسبوعى ١٩٣٠ـ٣٨٩ ، اكس ١٩٣١/٧/١٦ دالوز ١٩٣٢ـ٢ـ٥ وتعليق ناست وسيرى ١٩٣٧ـ١ـ٢٣١، رين ١٩٣٤/١١/١٤ جازيت باليه ١٩٣٥ـ١ـ١٠٤، بلفور ١٩٣٤/١٢/١٩ جازيت باليه ١٩٣٥ـ١ـ٩١٩ تحت هامش ب، رين ١٩٣٥/١٢/٥ جازيت باليه ١٩٣٦ـ١ـ٢٥٧ ، سين ١٩٣٦/٥/٢٥ جازيت باليه ١٩٣٦ـ٢ـ٣٧٥ ، بروجراك ١٩٣٧/٢/٢٤ الفهرس الطبى أبريل سنة ١٩٣٧ ، نقض ١٥ يونية سنة ١٩٣٧ سيرى ١٩٣٨ـ١ـ٥ وجازيت باليه ١٩٣٧ـ٢ـ٤١١ ، نقض أول يولية سنة ١٩٣٧ سيرى ١٩٣٨ـ١ـ٦ ، بورج ١٩٣٨/٢/٢ جازيت باليه ١٩٣٨ـ١ـ٧٢٣ ، نقض ٢٧ مايو سنة ١٩٤٠ دالوز الأسبوعى سنة ١٩٤٠ ص ١٢٩ ودالوز الانتقادى قسم القضاء ص ٥٣ وتعليق ناست وهو يؤيد الحكم فيما ذهب إليه من استبعاد المادة ١/١٣٨٤، مازو بند =

الالتزامات المتبادلة التى يحويها العقد[1] . فكما قررت محكمة مرسيليا فى ٥ مايو سنة ١٩٣٠ [2] إن الاتفاق الحاصل بين الطرفين من شأنه أن يغير من سبب المسئولية التى يتعرض لها من يستعمل الشىء فلن يكون مسئولا بوصفه حارساً بل باعتباره متحملا لمسئولية استعمال الشىء قبل الطرف الآخر .

وإذا كان الطبيب يضمن سلامة الآلات التى يستعملها فإنه يبرأ من هذا الالتزام إذا أثبت أن عدم معرفته بالعيب الذى لحق بالآلة يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى ، فنى هذه الحالة يعتبر عيب الآلة من الأخطار العادية التى يتحملها المريض

= ١٢٦٥ و١٢٦٨ و ١٢٧٦ و ١٢٩٠ ، ديموج المجلة الفصلية سنة ١٩٣٣ ص ٨٧٨ بند ١١ وسنة ١٩٣٥ ص ١٣٥ ؛؛ بند ٦ ، ديوران — اتفاقات عدم المسئولية بند ٣٣ ص ١٠٢ ؛؛ لا لو طبعة ٢ بند ١٢٧٨ ؛؛ مازو فى المسئولية عن الأشياء وتطبيقها على الأطباء — مذكرة تعليقاً على نقض ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ سيرى ١٩٣٧ـ١ـ١٣٧ ، ريبير فى دالوز ١٩٢٩ـ١ـ ١٢٩ ، ديموج جـ ٥ بند ١١٣٣ ، فان رين المسئولية التقصيرية والتعاقدية بند ١٧٣ ، بلانش روديه ص ١٧٧ .

قرب سافاتيه جـ ٢ بند ٧٩٧ .

عكس دونديودى فابر فى النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ المسئولية الطبية ص ٤١٥ .

وراجع فى استبعاد المادة ١٣٨٢ ؛؛ بوجه عام فى الدائرة العقدية . نقض ٢٢ يونية سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣١—٥٠٦ ، ٨ مارس سنة ١٩٣٧ دالوز ١٩٣٨—١—٧٦ وتعليق سافاتيه ، ٩ يناير سنة ١٩٤٠ دالوز ١٩٤٠—١—٤٩ وتعليق «L.P.» ، وجوسران فى دالوز ١٩٢٧—١—١٠٥ ، ونقض ٢٧ مارس سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٨ـ١ـ١٤٥ وتعليق ريبيو. وبالعكس راجع فى تطبيق الماده ١٣٨٥ فى الدائرة العقدية . نقض ٩ مارس سنة ١٨٨٦ سيرى ١٨٨٦—١—٢٤٤ ، ونقض ٢٥ يونيه سنة ١٩١٤ سيرى ١٩١٦—١—٢٥٠ .

(١) هذا على الأقل صحيح فى أغلب الحالات ، أما فى الحالات التى تظل فيها مسئولية الطبيب تقصيرية فلسنا نرى مناصا من إمكان تطبيق المادة ١٣٨٤ فقرة أولى فيها وإن كان هذا التطبيق من شأنه أن يقلب التزام الطبيب من التزام بوسيلة إلى التزام بنتيجة وهو إفراط فى تصور التزامات الطبيب وخروج بها عن طبيعة المهنة التى يزاولها ولكنه الثمن الذى تتحمله العدالة من تضيق نصوص جامدة لم توضع لتطبق على مسئولية مهنية تختلف فى طبيعتها عن المسئولية العادية .

راجع مازو بند ١٢٦٨ الفقرة الأخيرة والهوامش وبند ١٢٧٠ الفقرة الأخيرة وهامش ١٩ .

عكس اسكندر فاليمارسكو فى المجلة الفصلية ص ٧٣٦ سنة ١٩٣١ ، ونيجر ص ١٣٧ ؛؛ خاصة ص ١٤٠ و ١٤١ وهى ترجع استبعاد تطبيق المادة ١٣٨٤ فقرة أولى على الأطباء إلى اعتبارات أدبية .

(٢) مرسيليا ٥ مايو سنة ١٩٣٠ دالوز الأسبوعى ١٩٣٠ـ٣٨٩ .

بقبوله العلاج ، وهو ما قررته محكمة نانت فى ٢٠ يناير سنة ١٩٢٥ إذ أعفت الطبيب من المسئولية عن القرحة التى أصابت المريض من جراء إشعاعات ضارة انبعثت من آلة الأشعة ولم يكن أمرها معروفاً فى الوقت الذى باشر فيه الطبيب العلاج[١] .

و إذا كانت المادة ١٣٨٤ فقرة أولى لا تطبق فى العلاقة بين الطبيب والمريض فهل معنى ذلك أن المريض هو الذى يتحمل عبء الإثبات ؟

لا شك أن التزام الطبيب لا يعدو أن يكون التزاماً بوسيلة فحتى تقوم مسئوليته لا بد أن يثبت أنه قصر فى بذل العناية المطلوبة منه وعبء الإثبات يقع بطبيعة الحال على المريض لأنه هو المدعى[٢]. ولكننا نعلم أيضاً أن القضاء درج على تحميل بعض العقود[٣] بالتزامات محددة يعتبر عدم القيام بها خطأ تعاقدياً ، فوفر بذلك على المدعى مؤونة البحث فى سلوك المدعى عليه لإبراز وجه الخطأ فيه واكتفى منه بإثبات أنه لم يصل بالتزامه إلى النتيجة المنشودة فهل كان للمسئولية الطبية نصيب من هذا القضاء ؟

لسنا بذلك نقصد أن يلتزم الطبيب بشفاء المريض ولكن هل هناك ما يمنع من أن يضمن سلامة جسم المريض أثناء تعريضه لأشعة إكس أو أثناء مباشرة عملية معينة ؟

يبدو أن ذلك ما قضت به محكمة بلفور فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤[٤] إذ أنها مع استبعادها للمادة ١٣٨٤ فقرة أولى قررت أن الطبيب يظل مسئولا عن فعل الآلات التى يستعملها حتى يثبت القوة القاهرة . ولا شك أن فى ذلك غلواً كبيراً فى تصوير مدى التزامات الطبيب، و يبدو أن المسئولية الطبية قد اصطبغت بالغموض

---

(١) نانت ٢٠ يناير سنة ١٩٢٥ جازيت باليه ١٩٢٥ــ١ــ٥٥٣ ، رين ٥/١٢/١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٦ــ١ــ٢٥٧ .

(٢) قارن مع ذلك مازان ص ٢٠٦ ؟؟

(٣) راجع فى عقد النقل مثلا نقض ٢١/١١/١٩١١ دالوز ١٩١٣ــ٢ــ٢٤٩ .

(٤) بلفور ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ جازيت باليه ١٩٣٥ــ١ــ٩١٩ تحت هامش ب .

نتيجة الخلط بين فكرة المسئولية المبنية على الخطأ الثابت والمسئولية المبنية على فكرة الضمان .

١ — المسئولية المبنية على الخطأ الثابت

الطبيب لا يسأل إلا عن خطأ ثابت قام الدليل عليه ولا يكفى لافتراض الخطأ فى سلوكه أن تكون الظروف التى أصيب فيها المريض بالضرر مما يرجح معه أن يكون الضرر راجعاً إلى خطأ منه .

ولو أن وضع مثل هذه القرينة كان لازماً لتحقيق العدالة فليس السبيل إلى ذلك التوسع الأعمى فى تحميل الطبيب بالتزام بالضمان بل استقراء الحوادث على هدى الأصول العلمية ، فإن ثبت أن مثل الضرر الذى حاق بالمريض ما كان ليحصل لو اتبعت أصول الفن ، جاز وضع قرينة بمسئولية الطبيب ، أما إن ثبت من استقراء الحوادث أن مثل الضرر الذى أصيب به المريض لا يمكن تلافيه فى جميع الأحوال فلا يعفى المريض من عبء إثبات الخطأ حتى لا يتحمل الطبيب مخاطر العلاج على غير ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة .

٢ — المسئولية المبنية على فكرة الضمان

لسنا فى حاجة إلى بيان أن الطبيب لا يلتزم بنتيجة ما ، فلئن كان يلتزم باستعمال آلات فى حالة صالحة ويسأل عن حسن استعمالها فى حدود ما تقضى به الأصول العلمية فهو لا يعقد أى التزام بضمان نتائج هذا الاستعمال ؛ فأخطار العلاج يتحملها المريض ليس فقط لأنه قبلها بل لأنها مظهر أو امتداد لأخطار المرض ، فإن نحن حملنا بها الأطباء سوينا بين الكفء منهم وغير الكفء وقضينا على الناحية الأدبية فى المسئولية الطبية وقوضنا أركانها . ولن يجد الطبيب فى نظام التأمين[1] ما يعوضه عن خسارة تكاد تكون محتومة ، إذ أن مجرد تعرضه للمقاضاة

---

(١) قيل إن تأمين الأطباء ضد أخطائهم أمر غير مشروع شأنه فى ذلك شأن اشتراطات عدم المسئولية ولكن الفقهاء لم يقفوا عند هذا الاعتراض بل أجازوا فكرة التأمين . راجع دونديو دى فابر فى النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص٤٧٣ ، ونقض ١٢/١٢/١٨٩٣ سيرى ٩٦—١—٩١ .

فى ذاتها يهدد سمعته الفنية ومركزه الأدبى ويضع فى كفة الميزان مجهود سنين طوال قضاها فى خدمة المهنة .

وإذا لم يكن بد من أن نرفع عن عاتق المريض تبعة مخاطر العلاج فليس السبيل إلى ذلك تحميل الطبيب بها بل نشر فكرة التأمين بين المرضى ، فإن كل مريض يقبل على إجراء عملية أو تحمل علاج ينطوى على بعض المخاطر يستطيع أن يؤمن على نفسه ضد هذه المخاطر فتتحمل بها شركة التأمين ما لم يثبت على الطبيب خطأ يوجب المسئولية[١] .

وهكذا يبقى الطبيب خاضعاً للقواعد العامة فلا يتعرض لقرائن تهدد نشاطه ولا يتحمل تبعة أخطار ليست راجعة إلى خطأ منه .

مسئولية الأطباء عن فعل المساعدين

كثيراً ما تقضى حالة المريض أن يستعين الطبيب بغيره من الأطباء أو الممرضين فهل يسأل هو عن أخطائهم ؟

لا شك أن الطبيب يظل مسئولا عما يثبت فى حقه من أخطاء شخصية لدى استعانته بالغير ، فالطبيب الذى يهمل مراقبة الممرضين فى عملهم حيث تجب هذه المراقبة[٢] ، أو الذى يكلف الممرضين بعمل فيه أهمية وخطورة خاصة فى العلاج

---

(١) راجع فى عرض فكرة التأمين من جانب المرضى والدفاع عنها برزارد فى النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣٠ ص٥٥٤ ، وكروزون وهنرى ديزوال فى النشرة الطبية الشرعية ١٩٣١ ص٥٥ .

(٢) نيم ١٩٢٠/١٢/٨ ومقالة فردان فى النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣٤ص١٠٤؛؛ وتلخص ظروف هذه القضية فى أن إحدى الممرضات كلفت بإعطاء حقن ستريكنين لفتاتين كانتا مريضتين بالتيفويد ولكنها أهملت تعقيم الإبرة فنشأت للمريضتين خراريج فى محل الحقن انتهت بوفاتهما .

قررت المحكمة أن إهمال الممرضة مع تكرر حصوله ما كان ليصح أن يفوت على الطبيب المعالج ومن ثم كان من واجبه بمجرد تبين هذا الإهمال أن يتخذ الإجراءات الكفيلة بمنع وقوعه .

راجع أيضاً حكماً لإحدى المحاكم الانجليزية فى ٧ يونية سنة ١٩٠٤ استقلال سنة ٣ ص١٨٧ .

دون أن يتأكد بنفسه من سلامة عمل الممرض[١]، و بالأولى الطبيب الذى يكلف الممرض أو أى شخص غير حائز على المؤهلات الطبية اللازمة بعمل ما يجب أن يقوم به بنفسه[٢] يعتبر مقصراً و يسأل شخصياً ، وقد ذهب القضاء الفرنسى إلى مدى بعيد فى هذا النوع من المسئولية بالنسبة للجراحين فيما يتعلق بالفترة التى يكون فيها المريض تحت تأثير المخدر ، فقضى بأن الجراح يسأل شخصياً عن أى خطأ صادر منه أو من مساعديه يصيب المريض بضرر أثناء غيبوبته بسبب التخدير ، واعتبرت محكمة باريس[٣] الجراح مسئولا إذا ترك للممرض أمر وضع حافظات الماء الساخن تحت أقدام المريض حال غيبوبته عقب إجراء عملية جراحية ولم يراقب بنفسه درجة سخونة الماء بحيث نشأت عنها حروق للمريض أثناء تلك الغيبوبة ، وقدبنت محكمة الاستئناف حكمها هذا على أن المريض من وقت وضعه تحت تأثير المخدر إلى وقت إيقاظه يعتبر فى حالة تحتاج من الطبيب إلى أكبر جانب من اليقظة ، و إلى أن يباشر بنفسه كل ما يجب نحو المريض ، أو على الاقل يحتاج إلى أن يراقب تماماً كل عمل يعمل للمريض من المساعدين . أما إذا لم يثبت على الطبيب خطأ ما فهل يسأل عما يصدر من مساعديه من أخطاء ؟

---

(١) حكم فرساى ذكره فردان فى مقاله المنشور بالنشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣٤ ص٩٥و٩٦ تحت عنوان مسئولية الأطباء عن فعل مساعديهم . وتلخص ظروف القضية فى أن طبيبا كلف إحدى الممرضات بتحضير دواء سام فى معمله ولم يتأكد قبل تقديمه للمريض من أن السموم المعدنية لم تتجاوز الحد الذى لا يضار معه المريض . وقد مات المريض فعلا بتأثير السموم التى تجرعها . اميان ١٩٣٥/٧/٢ فى ديفلو ص١٥٠ .

(٢) بوردو ٢٢ يونية سنة ١٨٩٨ سيرى ١٩٠٩—٢—٤٩ تحت هامش ١ ، بوردو ٦ فبراير سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠—٢—٤٧٠ ، بوردو ٢٣ يونية سنة ١٩٢٤ مذكور فى دونديودى فابر النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص٤٥٤ .وقد قررت المحكمة أنه إذا كان يؤخذ على الطبيب أنه عهد بإعطاء البنج إلى شخص غير حائز على إجازة الطب فإنه حتى تقوم مسئوليته لابد أن يثبت أن وفاة المريض كانت راجعة إلى النقص فى خبرة الشخص الذى أعطى البنج أو القصور فى العناية التى بذلها . س م ٢ يناير سنة ١٩٣٩ محاماه سنة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ مجموعة رسمية سنة ٣٧ رقم ٩٣ ص٢٦٠ ، سافاتييه ج ٢ بند ٧٨٩ ص ٤٠٧ .

(٣) باريس ٤ يوليو سنة ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٣—٢—١١٣ وتعليق لالو ودالوز الأسبوعى ١٩٣٢—٤٥٠ .

يحسن بنا أن نفرق بين الطبيب الذى يعمل لحسابه الخاص والطبيب الذى يعمل فى إحدى المستشفيات العامة أو الخاصة .

أولا — الطبيب الذى يعمل لحسابه الخاص :

رأينا فى دراسة طبيعة المسئولية أن الاصل أن تكون مسئولية الطبيب عقدية ومع ذلك فإن المحاكم تلمست أسباب مسئولية الطبيب عن فعل مساعديه فى المادة ١٣٨٤/١٥٢[1] فخلطت بذلك بين المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية عن فعل الغير .

فلئن كانت القاعدة فى المسئولية التقصيرية أن يسأل الشخص عن أخطاء تابعيه التى تقع منهم أثناء تأدية وظائفهم أو بسببها ، ولا يدخل فى عداد التابعين إلا من كان للسيد عليه حق الرقابة والتوجيه فإن دائرة المسئولية عن فعل الغير فى المسئولية العقدية أوسع منها فى المسئولية التقصيرية إذ أن المتعاقد يسأل عن عدم تنفيذ الالتزام الناشىء عن تقصيره هو أو تقصير ممثليه ، ويعتبر ممثلا له كل شخص يقوم بالتنفيذ نيابة عنه أو يساعده فيه برضاه أو يتدخل فى التنفيذ بحيث لم يمنعه المدين من ذلك مع كونه قادراً على منعه[2] .

ولقد ترددت المحاكم فى تطبيق هذه القواعد على مسئولية الأطباء ، لا لأن المسئولية الطبية فى ذاتها عبء ثقيل على عاتق الأطباء والجراحين فشعرت بالحرج من إرهاقهم بمسئولية مبنية على خطأ مفروض، لا لهذا فحسب ، بل لأن مساعدى الأطباء عادة إما من رجال المهنة الطبية أو من زملائهم أو من الممرضين الذين مارسوا مهنة التمريض وحصلوا فيها غالباً على شهادات تثبت مؤهلاتهم فرأت أن

---

(١) بواتييه ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣—٢—٣٤٩ ، ديجون ١٨ مارس سنة ١٩٠٣ سيرى ١٩٠٦—٢—١٧ ودالوز ١٩٠٤—٢—١٣٤ ؛ باريس ٤ يولية سنة ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٣—٢—١١٣ ودالوز الأسبوعى ١٩٣٢—٤٥٠ .

(٢) راجع فى المسئولية العقدية عن فعل الغير — مازو ج ١ ص ١٧٦ بند ١٤٢ ، وديموج ج ٥ بند ١٢٤٥ ، وسافاتييه بند ١٥٩ .

تحمل كلا منهم بنصيب شخصى من المسئولية يقابل ما له من الاستقلال فيما يعهد إليه من عمل طبقاً لقواعد المهنة فقررت أن الممرض الذى ينفذ أوامر خاطئة للطبيب لا يرتكب خطأ يسأل عنه بل الذى يسأل عن الضرر هو الطبيب المخطىء[١].

وبالعكس متى أمر الطبيب بعلاج ولم يقع منه أى خطأ فإن الممرض الذى يرتكب خطأ فى تنفيذ ما أمر به الطبيب مما يدخل فى اختصاصه القيام به يسأل وحده دون الطبيب[٢].

ولكن هذا القضاء كان يفتقر إلى الوسيلة الفنية لتبريره إذ أنه بعيد عن أن يتفق مع التطبيق الصحيح للمبادىء القانونية.

ففى الدائرة العقدية يجب أن يسأل الطبيب عن فعل من يساعدونه فى العلاج متى كان ذلك هو المفهوم من العقد؛ فيجب ابتداء أن نحلل محتويات العقد فإذا اتضح أن الطبيب أخذ على عاتقه القيام بكل ما يلزم للمريض من عناية فإنه يعتبر مسئولا عما يرتكبه مساعدوه من أخطاء كمسئوليته عن فعله الشخصى تماماً[٣]، بل إنه إن أحال طبيباً غيره فى علاج المريض[٤] كان مسئولا عما يرتكبه هذا

---

(١) باريس ٦ يونية سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤—٢—١١٧ . ساهو ص١٠٠ ، نيجر ١٣١ ، مازان ص١٩٥ ، فردان مسئولية الأطباء عن فعل مساعديهم فى النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣٤ ص ٩٦ .

(٢) ايفيل فى ٢٤ اكتوبر سنة ١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٦—١—٧٦ ، وتعليق ديموج عليه فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٦ ص١٧٧ رقم ٨ . ولئن كان هذا الحكم قد ألغى فى الاستئناف فإنما كان ذلك لثبوت خطأ شخصى على الطبيب . راجع أميان ٢ يولية سنة ١٩٣٥ مذكور فى ديفلو ص١٥٠، باريس ١٩٠١/١١/١٣ مجلة القانون «La loi.» فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١، اورليان ١٩٢٦/٢/١٧ النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣٤ ص٩٧ ، حكم استئناف مانيل فى ١٩٢٩/١٢/٢٠ المشار إليه فى فردان — المرجع السابق ص٩٨ وقارن تعليقه عليه . مازان ص١٩٥ ، ديفلو ص١٥٢ ، نيجر ص١٣٢ ، ومع ذلك قارن ص١٣٥ .

(٣) كولمار ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ فى ديفلو ص١٣٦ ؛؛ جنيف ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ فى تعليقات إميل تيلو على القضاء السويسرى ص٩٠٤ ، إميل تيلو — المجلة الفصلية سنة ١٩٣٢ ص١١٧٥ ؛؛ راجع ص ١٢٠١ ، مازان ص١٩٩ ، بلانش روديه ص ١٦٧ و١٦٨ .

(٤) راجع فى حق الطبيب فى أن يحل آخر محله نيجر ص٧٩ و ٧٠ وهى تقرر أنه لا يخفى =

هذا الأخير من أخطاء ، اللهم إلا إذا اتضح أن الرابطة التى كانت بينه وبين المريض قد انفصمت لتحل محلها رابطة جديدة مع الطبيب الأخير[1]. وتلك نتيجة طبيعية إذ ليس مما يتفق والإرادة المشتركة أن يفلت الطبيب من المسئولية عن بذل عناية طبية مناسبة للمريض ، بمجرد أن يحل محله طبيباً آخر وإن كان مهملا أو غير كفء[2].

وبالعكس إذا ثبت أن الطبيب لم يتعهد ، بأكثر من إبداء الرأى فيما يلزم للمريض من علاج ومن الإشراف العام على توجيهه ، فإنه لا يسأل إلا عن أخطائه الشخصية ؛ فإذا وضع المريض تحت تصرفه ممرضة فليس عليه إلا أن يصدر إليها التعليمات الواضحة من الناحية الطبية فإذا لم يكن هناك ما يؤخذ عليه فى هذه التعليمات فإنه لا يتحمل مسئولية ما ترتكبه الممرضة من أخطاء فى تنفيذها بل تبقى هى وحدها المسئولة عما التزمت به قبل المريض نفسه من عناية[3].

= أن الطبيب معرض للمرض ومن حقه أن ينال قسطاً من الراحة وذلك فى مصلحة المريض نفسه وللمريض على كل حال أن يرفض خدمات الخلف ، وكل ما له من حق قبل الطبيب هو ألا يتركه بغير عناية طالما أنه اعتمد عليه فى ذلك.

وراجع أيضاً بيتل ص ٧٥ ؛؛ وفى أحكام المحاكم ما يشعر بأنها أقرت للطبيب الحق فى أن يحل غيره محله. اورات ١٩٢١/١١/٢٠ جازيت باليه ١٩٢١/١٢/١٠ ، مرسيليا ١٩٢٩/٥/٤ دالوز الأسبوعى ١٩٢٩ — ٣٩١ .

(١) مرسيليا ١٩٢٩/٥/٤ دالوز الأسبوعى ١٩٢٩ — ٣٩١ . وقد أبرأت الطبيب من المسئولية عما ارتكبه خلفه من أخطاء فى عملية ولادة إذ ثبت لديها أنه لم يتخل عن إجراء العملية بنفسه إلا لكونه مريضاً ولا يستطيع القيام بها ولم يثبت أنه أساء اختيار من يخلفه . ساهو ص ١٠٣ وهى تقرر أنه فى الغالب تنتهى مسئولية الطبيب بمجرد أن يحل آخر محله ويقبل المريض خدمات هذا الأخير إذ بهذا القبول يصير المريض متعاقداً معه .

(٢) مازان ص ١٩٩ ، بلانش روديه ص ١٦٨ .

(٣) سين ١٩٣٣/٣/١٤ جازيت باليه ١٩٣٣/٨/٤ ، ديفلو ص ١٥١ ، مازان ص ٢٠٠ ، بلانش روديه ص ١٦٩ ؛؛ لاكاس بند ١١١ ، فردان المرجع السابق — النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣٤ ص ١١٣ ؛؛ بيتل ص ١٨٤ و ١٨٥ ، ديموج المجلة الفصلية ١٩٣٦ ص ١٧٧ ، لالو بند ١٠٢٩ :

عكس ليون ١٩٢٧/٣/١٨ «Juris Classeur» ١٣٨٢ و ٤٣٨٣ — المسئولية الطبية رقم ٢٢٠ .

كذلك لا يسأل الطبيب عن فعل الوالدين أو الأقارب الذين يباشرون تنفيذ تعليماته فى العلاج ويخطئون فى ذلك طالما أن تعليماته لا شائبة فيها[١] .

أما فى دائرة المسئولية التقصيرية ، فإن لم يكن هناك شك فى أن الطبيب يسأل عن فعل المرضين الذين يستخدمهم بوصفهم تابعين له[٢] فقد قيل إنه لا يسأل عن فعل الأطباء من مساعديه لأن الحرية التى يجب أن يتمتع بها كل من يزاول المهنة تأبى اعتباره تابعاً لغيره[٣] ولكنا رأينا أن مناط المسئولية عن فعل الغير فى حلول شخص محل آخر فى القيام بعمل لصالحه ولحسابه كما رأينا أن رابطة التبعية على هذا الأساس لا تستلزم خضوعاً تاماً من التابع للمتبوع بل يكفى لقيامها ثبوت حق التوجيه العام للسيد على التابع[٤] .

ولقد قررت محكمة أفين أن طبيب الأسنان لا يمكنه أن يدعى أنه لم يكن له الحق فى مراقبة ف . . أو إصدار التعليمات إليه لأنه يحمل شهادة الطب طالما أن مهمة ف . . كانت خاصة بأعمال داخلة فى طب الأسنان وأنه كان يتلقى أجرة منه[٥] .

---

(١) سين ١٩٣٧/٦/١٥ فى ديفلو ص ١٣٨ .

(٢) بورج ١٩٣٨/٢/٢ G. P, ١٩٣٨—١—٧٢٣ ، باريس ١٩٣٢/٧/٤ دالوز الأسبوعى ١٩٣٢—٤٥٠ ، ريمس ١٩٣٦/٣/٦ جازيت باليه ١٩٣٦—٢—٦٧٥ ، دويه ١٩١٣/١٠/١٣ دالوز ١٩١٥—٢—٤٧ ، باريس ١٩٢٥/٦/١٥ دالوز الأسبوعى ١٩٢٥—٥٤٣ ، سم ١٩٣٣/١١/٢ B. L. J. ٤٦—٢—٩ وجازيت ٢٥ ص ٣٠ رقم ٤٤ ، لالو طبعة ٢ بند ١٠٥٠١ وفى دالوز ١٩٣٣—٢—١١٣ ، لاكاس بند ١١١ ، بيتل ص ١٨٤ ساهو ص ٩٩ ؛؛ ديفلو ١٥٢ .

ويلاحظ أن كثيراً من الأحكام التى ذكرناها أقرت بوجود رابطة التبعية ، محللة العلاقة بين الطبيب والمريض على ضوء المادة ١٣٨٤/١٥٢ ، وقد كان يغنيها عن ذلك أن ترجع إلى القواعد الصحيحة وتطبق أحكام المسئولية العقديةطالماً أنها كانت فى دائرة العقد .

(٣) فلور ص ١٧٣ و ١٧٧ و ١٧٨ ، إدمون برتران ص ١٣٩ و ١٤٠ و ١٤٣ و ١٤٤ .

(٤) أنظر ما سنقوله فى باب مسئولية المستشفى عن فعل الأطباء .

(٥) أفين ١٩٣٠/٧/١٦ جازيت باليه ١٩٣٠—٢—٦٨٥ . وراجع أيضاً فى إقرار علاقة التبعية بين الطبيب ومساعده ، باريس ١٩١٩/٦/٢٦ سيرى ١٩٢٢—٢—١١٣ ودالوز ١٩١٩—٢—٧٣ ، سين ١٩٢٠/١/١٠ Juris Classeur المسئولية الطبية رقم =

ثانياً — اذا كان الطبيب يعمل فى احدى المستشفيات :

فإذا كان المستشفى عاماً فسنرى أن شخصية الطبيب تتلاشى وراء شخصية الدولة ومن ثم لا يكون مسئولا مدنياً لا عن خطئه الشخصى ولا عن خطأ غيره[1] .

أما إذا كان يعمل فى إحدى المستشفيات الخاصة فسنرى أن الأصل أن مسئوليته قبل المرضى تكون عقدية أساسها الاشتراط لمصلحة الغير ومن ثم فالعبرة فى مسئوليته عن فعل المساعدين بما اتجهت إليه الإرادة المشتركة فى العقد الذى تم بينه و بين إدارة المستشفى . و بوجه عام يمكن أن نقول إن الطبيب أو الجراح الذى يعمل بإحدى المستشفيات لا يتعهد قبله إلا ببذل عنايته الشخصية بالمرضى الذين يقبلون فيه ، و إدارة المستشفى هى التى تضع تحت تصرفه المساعدين من أطباء وممرضين دون أن تقصد تحميله بمسئولية أخطائهم[2] .

أما فى دائرة المسئولية التقصيرية فليس عندنا شك فى أن الممرضين يعتبرون تابعين لإدارة المستشفى طبقا للمادة ١٣٨٤ فقرة ١٥٢/٣ وهو ما قضت به محكمة السين[3] إذ حملت إدارة المستشفى مسئولية الأضرار الناشئة عن خطأ إحدى

= ١٣٠/١٠ وجازيت باليه ١٩٢٠-١-٣٥٩ وبلانيول واسمان ج٦ بند ٦٤٨ هامش ١ ص ٨٧٦ وديموج ج ٥ بند ٨٩٧ . وفى المجلة الفصلية سنة ١٩٣١ ص ١١٥ و ١١٦ بند ٨ ، فردان المرجع السابق النشرة الطبية الشرعية ١٩١٤ ص ١١٧ .

(١) كولمار ١٩٣٦/١١/٢٤ فى ديفلو ص١٥٣ ، وراجع ما سنقوله فى مسئولية المستشفى عن فعل الطبيب .

وقارن فردان المرجع السابق ص ١١١ ؟؟ من النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣٤ وتعليقه على حكم انجوليم فى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٩ .

(٢) أورليان ١٩٢٦/٢/١٧ فى ديفلو ١٤٢ وفى مقال فردان فى النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣٤ ص ٩٧ ، مازان ص ٢٠٠ و ٢٠١ ، بلانش روديه ص ١٧٠ .

قارن باريس ١٩٤١/١٠/٨ دالوز فى تحليل القضاء سنة ١٩٤١ ص ٣٦٤ عمود ٢ و ص ٣٦٥ فقرة ٣ .

(٣) سين ١٩٣٣/٣/١٤ المجلة الفصلية سنة ١٩٣٣ فى تعليقات ديموج ص ١١٨٣ بند ١٤ ، باريس ١٩٣٢/٧/٤ دالوز ١٩٣٣-٢-١١٣ و دالوز الأسبوعى ١٩٣٢=

الممرضات فى إجراء غسيل بماء غاية فى السخونة لمريض ، قبل أخذ صورة بالأشعة على بعض أجزاء جسمه . ومتى اعتبر المرضون والممرضات تابعين لإدارة المستشفى فهى وحدها التى تسأل عنهم دون الأطباء المشتغلين فيها[1] .

حقاً لقد قيل إن المرضين يجب أن يعتبروا تابعين للأطباء على الأقل فيما يتعلق بتنفيذهم لما يأمرون به فى العلاج[2] [3] ولم يفت أنصار هذه الفكرة أن

=ص ٤٥٠ ، كولمار ١٩٣٦/١٢/٢٤ جازيت باليه ١٩٣٧–١–٣٩٣ ، مازو بند ٨٩٤ .
عكس باريس ١٩٣٨/٣/١٨ جازيت باليه ١٩٣٨–١–٩٢٤ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ –٣٧٧ والحكم أثبت التبعية للأطباء دون إدارة المستشفى .

(١) سين ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ المجلة الفصلية سنة ١٩٣٣ فى تعليقات ديموج ص ١١٨٣ بند ١٤ ولقد استندت المحكمة فى استبعاد مسئولية الأطباء إلى :
١ — ليس للطبيب حرية اختيارهم .
٢ — شروط تعيين الممرضات كفيلة بأن يضع الطبيب ثقته فيهم فى كل ما يدخل فى صميم اختصاصهم .
٣ — الممرضات يتبعن تعليمات إدارة المستشفى .
بروكسل فى ١٩٢٩/٧/١٢ بلجيكا القضائية ١٩٣٠ عمود ١٨ ، وتعليق جرولينش فى المجلة الفصلية ١٩٣١ ص ٦٩٥ بند ٢٣ ، ليون ١٨ مارس سنة ١٩٢٧ فى مقال فردان بالنشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣٤ ص ١١٢ (أنظر فى المقال أيضاً ص ١١٣) ، لاكاس ١١٤ ، بيتل ص ١٨٤ ؛؛ لالو طبعة ٢ بند ١٠٢٩ ، قارن سافاتييه بند ٧٩٦ ، ومرافعة « Le Perre » أمام محكمة بروكسل فى ١٢ يوليو سنة ١٩٢٩ ، بلجيكا القضائية ١٩٣٠ عمود ١٨ .

(٢) ديموج المجلة الفصلية ص ١١٨٣ بند ١٤ والالتزامات جـ ٥ بند ٥٨٢ ، سافاتييه بند ٧٩٦ و ٣١٩ ، مرافعة Le Perre أمام محكمة بروكسل ١٢ يوليو سنة ١٩٢٩ بلجيكا القضائية ١٩٣٠ عمود ١٨ ، ليون ١٨ مارس سنة ١٩٢٧ « Juris Classeur » المسئولية الطبية بند ٢٢٠ .
قارن بروكسل ١٢ يوليو سنة ١٩٢٩ بلجيكا القضائية ١٩٣٠ عمود ١٨ ، وتعليق جرولنش فى المجلة الفصلية ١٩٣١ ص ٦٩٥ بند ٢٣ .
وقرب حكم انجليزى فى ١٩٠٤/٦/٧ الاستقلال سنة ٣ ص ١٨٧

(٣) ولا يفوتنا أن نلاحظ أن هذه الفكرة مع التسليم بها لا تنفى مسئولية المستشفى فكما رأينا أن مسئولية المستشفى تشمل جميع الأحوال التى تثبت فيها مسئولية الأطباء والمشتغلين بها سواء عن خطئهم الشخصى أم عن خطأ مفروض من قبلهم (راجع تعليقا على حكم محكمة النقض الفرنسية فى ١٩٣٦/١٢/٣٠ فى باب مسئولية المستشفيات عن فعل الأطباء) .
وراجع نانس ١٨٩٦/١٢/٥ وقد قررت أن تابع التابع الذى يستخدمه فى أداء وظيفته=

يدعموها بنظرية التبعية العارضة[1] فيكفى لاعتبار الممرضين تابعين للأطباء أن يثبت أنهم خاضعين لرقابتهم وإشرافهم فى فترة معينه أو خلال عملية خاصة .

ولكن الواقع أن الأطباء إذا كان لهم حق الرقابة والتوجيه على عمل الممرضين فإنهم يستمدون ما لهم من السلطة فى هذه الناحية من إدارة المستشفى نفسها ويستعملونها لحسابها[2] ولم تقصد إدارة المستشفى بطبيعة الحال أن تتخلى عما لها من إشراف على سير العمل بالمستشفى سواء من جانب الأطباء أو مساعديهم وهذا كاف لثبوت صفة التبعية بالنسبة لهم قبلها .

علاقة الطبيب بغيره من الأطباء المعالجين

كثيراً ما تعرض للطبيب حالات يرى من الصعب فيها أن ينفرد برأى فى العلاج ورأينا أن عليه فى مثل هذه الحالات أن يستنير برأى زملائه من الأطباء لما فى تبادل الرأى من فائدة للمريض[3] بل إن التخصص المهنى يفرض على الطبيب المعالج أحياناً أن يلتجىء إلى أخصائى يكون أكثر دراية فى إزالة ما تنطوى عليه الحالة من غموض ، فعلى أى أساس تتحدد مسئولية الطبيب المعالج فى مثل هذه الحالات ؟

= يعتبر تابعاً للمتبوع فى نفس الوقت ، وفى نفس المعنى زنجر — مسئولية المتبوع المدنية رسالة سنة ١٩٢٣ ص٥٩ .

(١) نقض ١٩/١/١٩٢٧ دالوز ١٩٢٨—١—١٧ .
وراجع فى نظرية التبعية العارضة لالو بند ١٠٧٢ .
ونلاحظ أنه حتى يصح الاستناد الى هذه النظرية يجب أن يثبت أن إدارة المستشفى قصدت أن تتخلى للطبيب عما لها من السلطة فى الإشراف على الممرضين ورقابتهم .

(٢) فليس العمل الذى يقوم به الممرضون داخلا فى دائرة ما تعهد به الطبيب قبل المستشفى من بذل عنايته الشخصية بالمرضى .

(٣) نانسى ١٩/١/١٩٢٨ جازيت باليه ١٩٢٨—١—٤١٠ يسأل الطبيب عن عدم دعوته زميلا طلبت العائلة الاسترشاد برأيه .
قارن متز ٢١/٥/١٨٦٧ دالوز ٦٧—٢—١١٠ لا يلام الطبيب على عدم استعانته بغيره فى مباشرة علاج ليس ثمة ما يدل على خطورته .

قد يكون من الميسور أن نقرر أنه متى اتفق فى الرأى مع من استشارهم من زملائه كان مسئولا معهم عما قد ينطوى عليه العلاج من أخطاء . ولكن الأمر يدق إذا اختلف معهم فى الرأى . فهل يلزم بمباشرة العلاج الذى أشاروا به ؟ وهل يكون مسئولا عن ذلك ؟

لا شك أن الطبيب حر فى تكوين رأيه واختيار العلاج الذى يرتضيه للحالة المعروضةعليه.فمصلحة المريض يأبى أن يلزم بتطبيق علاج لا يطمئن إليه ولا يرضاه للمريض الذى أولاه ثقته ووضع حياته بين يديه . وهكذا فإن الجراح لا يتقيد برأى الطبيب المعالج بل عليه بعد أن يستنير بملاحظاته[1] أن يعيد الكشف على المريض ليتخذ الرأى بشأن إجراء العملية وهو مسئول عن القرار الذى ينتهى إليه[2] .

كذلك طبيب الأشعة بحكم خبرته الفنية وتجاربه فى مهنته ، أقدر على معرفة خير الوسائل فى تصوير موطن الداء من جسم المريض وهو مسئول وحده عن النقص الذى يشوب وسائله ، ومن أجل ذلك نعتقد أن محكمة استئناف باريس فى ١٩٣٦/٧/١٧[3] لم يصادفها التوفيق إذ أخذت على طبيب الأشعة أنه أخذ للمريض ثلاث صور رغم أن الطبيب المعالج لم يطلب منه إلا صورة واحدة ، فتجاوز بذلك الحدود المرسومة له . فليس من شأن الطبيب المعالج أن يفرض على طبيب الأشعه سبيلا لا يراه موصلا للتعرف على حقيقة الحال .

---

(١) دويه ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المجلة الفصلية ١٩٣٦ ص ٤٨٠ ، بلانش روديه ص ٨٢ و ٨٣ .

(٢) ديفلو ص ١٥٥ ، عكس برلمان باريس فى ١٧٧١/٧/١١ موسوعة ميرلان تحت كلمة جراح ثانياً ص ٦٦٢ .

(٣) باريس فى ١٩٣٦/٧/١٧ وتعليق ديموج فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ ص ٤٩٩؛؛ بند ٣٢ ، وقد أشار ديموج بحق إلى أنه حتى يمكن مؤاخذة الطبيب فى مثل هذه الحالة لابد أن يثبت أنه أخطأ فى استعمال الأشعة أو أهمل فى استشارة الطبيب المعالج قبل إجرائها . أنظر تعليق ديفلو على الحكم ص ١٥٥ و ١٥٦ ، وراجع فى هذا الالتزام بالنسبة للجراح دويه ١٩٣٤/١٢/١٨ فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٦ ص ٤٨٠ .

وما دام الطبيب حراً في تكوين رأيه واختيار العلاج الذي يطمئن إليه فليس يقبل منه — إذا اتضح أن هذا العلاج خاطىء — أن يدفع بأنه لم يكن موافقاً عليه وأنه ما باشره إلا اتباعاً لرأي زميله[1] .

وليس معنى هذا أن من حق الطبيب المعالج أن يضرب برأي الأخصائي الذي استشاره عرض الحائط ، بل عليه ان اختلف معه أن يطلب استشارة جديدة بعد أن يشرح حالة المريض له أو لذويه فإن اختاروا رأى الأخصائي على رأيه فعليه أن ينسحب[2] .

تنازل الطبيب عن عيادة لطبيب آخر

وقبل أن نختتم بحث علاقة الطبيب بغيره من الأطباء لا يفوتنا أن نشير إلى

---

(١) عكس برلمان باريس ١٧٧١/٧/١١ موسوعة ميرلان تحت كلمة جراح ثانياً ص٦٦٢ .
قارن ميرنياك في دالوز ١٩٠٧—٢—٤١ ، ومصر في ١٩٣٣/٥/٣٠ في القضية رقم ٧٨٧ كلى سنة ١٩٣٢ ، وقد جاء في ذيل الحكم « . . . وحيث إنه فيما يتعلق بمسئولية الدكتور الفريد أفندى مقار من حيث القانون ، يتعين على المحكمة البحث في مدى مسئولية الطبيب الذي يعالج مريضاً بنوع مخصوص من العلاج هو اختصاصي فيه بناء على رأى الطبيب المعالج للمريض المذكور .

وحيث إنه لا نزاع في أن الطبيب الاختصاصي الذي يعالج مريضاً بناء على أمر الطبيب المعالج ليس مسئولا عن نتيجة هذا العلاج إلا إذا ثبت أنه كان مخطئاً من حيث الفن في اختصاصه عند معالجة المريض أو قد استعمل طرقاً غير فنية تتعلق بمهنته وقد حكمت بذلك محاكم النقض الفرنسية وكذلك أيد الفقه هذه النظرية » .

ومع أنه لم يصدر ، فيما نعلم ، أى حكم من محكمة النقض يأخذ بهذه النظرية فإنا نبادر إلى القول بأن الفقه قد رفضها فليس الأخصائي مقيداً بما يشير به الطبيب المعالج بل عليه أن يعيد الكشف على المريض ليتخذ الرأى بشأن ما يلزم له من علاج ومسئوليته في ذلك كما رأينا أشد من مسئولية الطبيب العمومي .

ولقد أشارت محكمة الاستئناف بحق في ٢ يناير سنة ١٩٣٦ محاماة سنة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ ، عندما ألغت هذا الحكم إلى أن القاعدة التي قررتها تفتقر إلى الأساس القانوني .

(٢) مونتبليه في ١٩٣٤/٦/٧ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ — ٤٨٣ ، نقض ١١/٢٩ سنة ١٩٣٧ سيرى ١٩٣٨—١—٢٥٧ والتعليق وتقرير أهل الخبرة المشار إليه فيه ، سافاتييه بند ٧٨٨ ، بريتون في سيرى ١٩٣٩—١—٢١٦ .

المركز القانونى الذى ينشأ عن تنازل الطبيب عن عيادته لطبيب آخر فى فترة معينة[١] .

لا شك أن الطبيب يكون مسئولا قبل عملائه السابقين إذا أساء اختيار من يحل محله[٢] إذ أنه بذلك يكون قد أناب فى تنفيذ عقده معهم شخصاً غير جدير بالثقة التى أولوه بها؛ أما بالنسبة لمن يستجد من العملاء فيبدو أن لا مسئولية عليه قبلهم ، إذ أنهم بتقدمهم للطبيب الجديد يكونون قد قبلوا التعاقد معه ، فعليه وحده مسئولية تنفيذ هذا العقد .

هل معنى ذلك أن الطبيب لا يتحمل أية مسئوليه إذا أحسن اختيار البدل بحيث توفرت فيه الضمانات الكافية من حيث الخبرة والدقة فى العمل .

لا شك أن قولا كهذا فيه تغافل عن الرابطة العقدية التى تربط الطبيب بعملائه ، فالعلاقة بين المريض والطبيب علاقة تدور على اعتبارات شخصية مبناها الثقة المتبادلة بينهما ، فليس من حق الطبيب أن ينيب عنه فى العلاج أى شخص لم يقبله المريض[٣] ، فإن هو فعل ذلك كان مسئولا عما يرتكبه من يخلفه من أخطاء .

---

(١) راجع فى مشروعية عقد التنازل عن العملاء جرافن ص ٤٢٣؛ وفى مدى مسئولية الطبيب المعالج إذا رفض المريض خدمات الطبيب الآخر الذى يحله محله . نيجر ص ٧٩ و ٨٠ .

(٢) ساهو ص ١٠٤ ، نيجر ص٨١ ، ديفلو ص ١٥٧ ، مرسيليا فى ١٩٢٩/٥/٤ داللوز الأسبوعى ص ٣٩١ .

(٣) راجع سيرى ١٨٤٦ـ٢ـ١٤٢ .

وقارن نيجر ٨١ وحكم كازابلانكا الذى تشير إليه فى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٦ وقد أعفى الطبيب من المسئولية عن أخطاء من يخلفه متى كان معروفاً بالكفاءة، وديفلو ص ١٥٧ ، وجاردنا وريتشى ص ٣١٤ رقم ٢٠٢ وحكم النقض فى ٢ أغسطس سنة ١٩٠٤ الذى يشيران إليه ، ويقول سافاتييه جـ ٢ بند ٧٨٣ ص ٤٠٠ إنه على الرغم من أن العلاقة بين الطبيب والمريض تدور على اعتبارات شخصية فإنه من المسلم به، حتى لا يثقل كاهل الطبيب بمسئولية مبالغ فيها ، أن له الحق فى أن يحل محله من يختاره من زملائه للعناية بالمريض . (جراس ٢٧ مايو سنة ١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥ـ٢ـ٣٤١) وليس للمريض أن يؤاخذه على ذلك بل وليس له أن يرجع =

ولكن قد تكون للطبيب مبررات مشروعة تسوغ تخلفه عن تنفيذ التزاماته كما لو أصيب بحالة مرضية أو حل الوقت لقيامه بأجازته السنوية[١]، ففى مثل هذه الحالات لا ضير عليه أن يحل غيره فى القيام بشؤون عيادته دون أن يتحمل ما قد يرتكبه من أخطاء[٢]. ففى علاقته بحرفائه السابقين ، مفروض أن الرابطة العقدية قد انفصمت ، أو أنه ملحوظ فيها ذلك الظرف الذى أجاز له أن ينيب عنه غيره فى التنفيذ ، أما فى علاقته بمن يستجد من العملاء فقد قيل بحق إن عقد الحلول هو اتفاق بين طبيبين متكافئين فى نظر القانون بغير خضوع من أيهما للآخر فليس ثمة تبعية بينه و بين البدل حتى يسأل عن أخطائه[٣] .

وقد رفضت محكمة استئناف بورج فى ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ اعتبار الخلف وكيلا ، فهو لا يبذل عناية بالمرضى باسم السلف بل باسمه هو وعلى مسئوليته ونفت وجود عقد عمل بينهما[٤] .

بقى أن نحدد مدى مسئولية البدل عن فعل المساعدين الذين يوجدون فى العيادة . ولا شك عندنا فى أنه يسأل عن أخطائهم على الرغم من أنه لم تكن له

=عليه بالمسئولية بدعوى أن الطبيب الذى أحاله محله يعتبر تابعاً له (باريس ٢٤ نوفبر سنة ١٩٣٧ فى هامش٢ ص٤٠٠) .

(١) مفروض أن الطبيب وقت تعاقده مع المريض لم يقصد التنازل عن أجازته السنوية .

(٢) قرب جراس٢٧/٥/١٩٣٥ جازيت باليه١٩٣٥–٢–٣٤١ وقد قررت أن الطبيب لا يعتبر أنه هجر المريض إذا سافر واتفق مع زميل له على أن يباشر العناية بالمريض أثناء غيابه وليس ثمة مسئولية عليه فى ذلك .

(٣) ساهو ص١٠٤ ، سافاتييه بند ٧٨٣ ، مازان ص٤٤ ، دونديو دى فابر فى النشرة الطبية الشرعية ١٩٣١ ص٤٦٣ ، فردان — النشرة الطبية الشرعية ١٩٣٤— ص ١١٦ ؛ بول بودان فى الطبيعة القانونية لعقد البدل الطبى — الأسبوع القانونى ١٩٣٣ ص٨٦١، مازان ص٢٠١ و٢٠٢، روديه ص١٧٢، نيجر ص٨١، ديفلو ص١٥٧ و١٥٨، لاكاس بند ١٨٧.
قرب فى نفى وجود عقد عمل بين الطبيب والبدل لانتفاء الخضوع بوردو ١٥/٧/١٩٣٥ مذكور فى ساهو ص١٠٤ .
عكس فانافير مذكور فى فردان النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣٤ ص ١١٧ .

(٤) بورج ١٤/٣/١٩٣٣ فى ديفلو ص١٥٨ .

يد فى اختيارهم إذ أن نية السلف ظاهرة فى أنه قصد أن يتخلى للبدل عن الحق فى رقابة المرضين وتوجيههم مدة تنازله له عن العيادة[١] .

٥ — متى تنتهى التزامات الطبيب قبل المريض :

• لا شك أن فى ترك الطبيب لمريضه بعد قبوله علاجه إخلالا بعقد العلاج من جانبه ، فليس للطبيب أن يترك علاج المريض بعد العقد ، ما دام هذا المريض فى حاجة إلى جهوده[٢] ولا تنتفى مسئوليته إلا إذا أقام الدليل على القوة القاهرة ، كما لو استحالت عليه زيارة المريض بسبب انقطاع المواصلات أو بسبب مرضه[٣] ، غير أن هناك حالات يجد فيها الطبيب لنفسه مبرراً لفسخ العقد الذى يربطه بالمريض دون أن يتعرض للمسئولية عن هجره ، فلو أن المريض أهمل فى اتباع تعليماته أو تعمد عدم اتباعها أو لو انه استعان بطبيب آخر خفية عن الطبيب الذى يعالجه مما يؤذى كرامة هذا الأخير أو لو أنه امتنع عن دفع أجر الطبيب فى مواعيده ، لجاز للطبيب ترك علاجه[٤] بشرط هام وهو ألا يكون الترك فى ظرف غير لائق

---

(١) ونحن نستند فى ذلك إلى نظرية التبعية العارضة .

(٢) ساهو ص٧٨ ، مازان ص ١٥٣؛؛ ديفلو ص٣٩و ٤٠ ، سافاتييه بند٧٨٣ ، بلانش روديه ص١٠٨؛؛ ريبير المجلة الانتقادية سنة ١٩١٢ ص١٩٧ ، مرسيليا ١٥/١٢/١٩٠٩ دالوز ١٩١١ـ٥ـ٢٠ ملخص .

قرب نيجر ص٦٢؛؛ .

(٣) لا يخفى أنه لما كان التزام الطبيب من الالتزامات المتعلقة بشخصه فإن المرض الذى يحول بينه وبين تنفيذ التزامه يعتبر من قبيل القوة القاهرة التى تنفى عنه كل مسئولية .

(٤) ساهو ص٧٨؛؛ مازان ص١٦٢؛؛ نيجر ٦٦و٦٧ ، بيتل ص ٦٦ و ٦٨؛؛ بلانش روديه ص١١٣ ، دونديو دى نابر النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص٤٧٠ ، جراس ٢٧ مايو سنة ١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥ـ٢ـ٣٤١ ، سين ١٩/١٢/١٩١٠ دالوز ١٩١١ـ٥ـ٩ وجازيت باليه ١٩١١ـ١ـ٥٧٦ ، وقد قررت أن لا مسئولية على الطبيب الذى يرفض توليد امرأة كان يباشر حالتها أثناء الحمل إذا فرضت عليه العائلة مساعدة ممرضة لا يثق فى كفاءتها .

• ويتحتم على الطبيب بوجه عام أن يرعى الحلم ويزن ظروف المريض ليرى ما إذا كان تصرفه ينم حقيقة عن عدم الثقة به أو التشكك فى صحة العلاج الذى أشار به .

أى غير مناسب للمريض و إلا تحمل الطبيب مسئولية الترك أى ما ينشأ عنه من أضرار[١] .

وهذا القيد على حرية الطبيب فى هجر المريض يسرى سواء أكان مصدر التزامه عقدياً أم كان يرجع إلى الفضالة إذ على الفضولى أن يتم العمل الذى بدأه[٢] .

قد يبدو غريباً أن تنتهى الرابطة العقدية بإرادة أحد المتعاقدين فحسب ولكنها الناحية المهنية التى تبرز فى طبيعة عقد العلاج[٣] والتى من أجلها أخرجته محكمة النقض الفرنسية[٤] بحق عن نطاق العقود المسماة . فعقد العلاج يقوم على الثقة المتبادلة بين الطبيب والمريض فإذا انعدمت هذه الثقة جاز لأى من الطرفين أن يفسخ العقد .

وتنتهى التزامات الطبيب فى الأحوال العادية بشفاء المريض أو وفاته وليس معنى هذا أن عليه أن يلازم المريض طالما أنه لم يبل من مرضه فإن قولا كهذا يعرقل المهنة الطبية ويسد السبيل أمام الطبيب فى خدمة مرضاه ، ولكنا نقصد أن يكون الطبيب ملزماً بالتردد على المريض فى مواعيد مناسبة لكى يتمكن من توجيه العلاج بما فيه مصلحة المريض وبما يتفق مع تطورات الحالة وما قد يطرأ عليها من مضاعفات . على أن التزامات الطبيب قد لا تعدو أحياناً مجرد الكشف

---

(١) جراس ٢٧ مايو سنة ١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥ـ٢ـ٣٤١ ، متز ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ سيرى ١٨٦٨ـ٢ـ١٠٩ وداللوز ٦٧ـ٢ـ١١٠ ، سين ١٩٣٨/١/٤ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ ملخص ١١ ، ساهو ص٧٨ ، بريتون فى سيرى ١٩٣٩ـ١ـ٢١٦؛؛ مازان ص١٥٧؛؛ .

(٢) مازان ص ١٥٧؛؛ روديه ١١٠ و١١١.

قارن نيجر ٦٥؛؛ وهى لا تقر مسئولية الطبيب عن هجر مريض قدم له يد المساعدة عرضاً، إذ هو لم يفعل أكثر من أداء واجب إنسانى لا يمكن ان يحمله بأى التزام .

(٣) راجع فى حق الفسخ الانفرادى فى عقد العلاج، بيلون فى دالوز ١٩٣٦ـ١ـ٨٨ § ١٨، ورسالة فرناند فيريه فى أساس وطبيعة مسئولية الأطباء رسالة سنة ١٩٣٤ ص٢٠٣ ، بريتون فى سيرى ١٩٣٩ـ١ـ٢١٦؛؛ مصر المختلطة فى ١٩٣٧/٥/٥ جازيت ٢٩ ص٣٤٦ رقم ٤٢٨.

(٤) نقض ١٩٣٧/٧/١٣ سيرى ١٩٣٩ـ١ـ٢١٧ جازيت باليه ١٩٣٧ـ٢ـ٣٨٤.

على المريض لابداء الرأى بشأن علاجه أو لأعطائه شهادة بحالته الصحية وفى هذه الحالات طبيعي أن مسئولية الطبيب تقف عند قيامه بهذه المهمة[1] .

ولقد تشددت المحاكم كما رأينا فى التزامات الطبيب طالما أن المريض لم يفق من المخدر ورأينا أنها اعتبرته مسئولا عن عدم إشرافه بنفسه على ما يبذل له من عناية[2] .

---

(١) نقض ٣١/١٠/١٩٣٣ والتعليق فى سيرى ١٩٣٤ـ١ـ١١ ودالوز الأسبوعى ١٩٣٣ ـ٥٣٧ .

(٢) س باريس ٤/٧/١٩٣٢ دالوز ١٩٣٣ـ٢ـ١١٣ ودالوز الأسبوعى ١٩٣٢ـ٤٥٠ ، ليبج ٨/١١/١٩٢٨ بلجيكا القضائية ١٩٢٩ عمود ٦ ، الجزائر فى ٤/١١/١٨٩٣ سيرى ١٨٩٥ـ٢ـ٢٣٧ ، وفى الاستئناف ١٧/٣/١٨٩٤ سيرى ١٨٩٥ـ٢ـ٢٣٧ .

مسئولية الأطبـــاء

الذين يشتغلون فى المستشفيات وأثرها فى مسئولية المستشفيات ذاتها

إذا كنا إلى هنـا قد عالجنا مسئولية الأطباء والجراحين فى أبسط صورها وافترضنا دائما أنهم يعملون لحسابهم الخاص ، فإنه يبقى علينا أن نشرح مدى هذه المسئولية فى حالة اشتغالهم بإحـد المستشفيات ومدى ماتتحمله المستشفيات التى يشتغلون فيها من مسئولية نتيجة أخطائهم . ومن أجل ذلك يجب أن نفرق بين المستشفيات العامة والمستشفيات الخاصة ؛ ذلك أن المستشفيات العامة هى مصالح عمومية قبل كل شىء فأموالها أموال عامة وموظفوها موظفون عموميون والهيئات التى تديرها هى هيئات إدارية فمسئوليتها تتأثر إذن بقواعد القانون العام [1] .

وعلى العكس لا شىء من ذلك بالنسبة للمستشفيات الخـاصة ، فبالرغم من الاعتراف لها بالشخصية المعنوية وحتى لو وضعت تحت رعاية الدولة فإنهـا تظل مؤسسة خاصة غير مندمجة فى الإدارة ولا فرعا من فروعها فأموالها أموال خاصة ومستخدموها مستخدمون خصوصيون والهيئات التى تديرها هى هيئات خاصة ومن ثم فمسئوليتها تخضع مباشرة لقواعد القانون المدنى .

على أن التفرقة بين نوعى المستشفيات قد تدق أحيانا ، ذلك أن الدولة قد تضع أحد المستشفيات الخاصة تحت رعايتها فتمنحه بعض الامتيازات وفى مقابل

---

(١) وحيد رأفت القـانون الادارى طبعـة ١٩٣٨ ص ٢٣٩ ، قارن ديفلو ص ٤٣ ؛ ونقض فرنسى فى ١٩٣٥/٢/٢٧ و ١٩٣٥/٣/١٩ فى ديفلو ص ٤٣ ، وهوريو ـ الموجز فى القانون الادارى والقانون العام طبعة ١٦ ص ٣٠٢ .

هذه الامتيازات تلجأ إلى بسط نفوذها واشرافها عليه وتتدخل فى إدارته وحساباته وقد يصل هذا التدخل والإشراف أحيانا إلى درجة تجعل الشبه كبيراً بين هذا المستشفى والمستشفيات العامة [١] .

فما هو معيار التفرقة إذن ؟ [٢]

يجب أن يراعى أولا مانص عليه الشارع من اعتباره مصلحة عامة أو مجرد مؤسسة ذات نفع عام .

ولكن يغلب ألا يكون هناك نص وفى هذه الحالة يرى البعض البحث عمن أوجد المستشفى أهم الأفراد أم جهات الإدارة ، فإذا كان الأفراد هم الذين انشأوه فلا يمكن اعتباره مصلحة عامة إلا إذا صدر قانون أو مرسوم بضمه إلى إحدى جهات الإدارة ، أما مجرد مساعدة الدولة لأحد المستشفيات باعانة مالية فلا يكفى لتحويله إلى مصلحة عمومية ولو اشترط فى مقابل ذلك تمثيل الحكومة فى إدارته قصد مراقبة العمل فيه .

مثال ذلك — تمنح الحكومة مستشفى المؤاساة بالاسكندرية إعانة سنوية ٣٠ ألف جنيه وفى نظير ذلك اشترطت (قرار مجلس الوزراء فى ٥/٥/١٩٣٦) أن يشكل مجلس إدارته بحيث يكون للحكومة أغلبية فيه وهذا لا يمنع من اعتباره مستشفى خاص غير مندمج فى الإدارة ولا فرعاً من فروعها .

ولكن الاعتماد على أصل المستشفى وحده قد لا يكفى وهو ما اعترف به مجلس الدولة فرأى البحث فى مجموعة القواعد التى تنظم المستشفى وكيفية قيامه

---

(١) القانون الادارى للدكتور وحيد رأفت طبعة ١٩٣٨ص ١٣٤ وهو يرى أن مستشفى الدمرداش يعتبر مؤسسة خاصة رغم خضوعه خضوعاً تاماً لوزارة الصحة واندماج أطبائه فى أطباء هذه الوزارة(ص ١٣٥ و ١٣٦ من المرجع السابق) .

(٢) يرى هوريو فى كتابه فى القانون الادارى والقانون العام طبعة ١١ ص ٢٣٧ أنه إذا لم يوجد نص فالأمر مرجعه إلى قاضى الموضوع . ومع ذلك راجع بعض الاعتبارات التى يشير على قاضى الموضوع باتباعها للكشف عن طبيعة المؤسسة فى حالة الشك فيها (هامش ٢ ص ٢٣٧ من نفس المرجع) .

بوظيفته لمعرفة ما إذا كان مؤسسة خاصة أم مصلحة عامة ، ذلك أن الدولة إذا كانت تقوم ببعض الخدمات التى يقوم بها الأفراد فإن نظام العمل بالمصالح العمومية يوجب تنظيماً مختلفاً لكيفية القيام بهذه الخدمات وفى المسئولية التى تنجم عن نشاطها .

وفضلا عن ذلك فإنه يجب ألا نغفل البحث عن قصد الدولة فإن له أهمية كبرى فى معرفة ما إذا كانت الدولة قصدت إنشاء مصلحة عامة أم قصدت أن يكون لها شيء من الرقابة فحسب [١] .

أحكام المسئولية فى حالة المستشفيات الخاصة

يميل كثير من الشراح إلى التفرقة فى مسئولية المستشفيات عن خطأ الأطباء الذين يعملون فيها بين العمل الفنى والعمل غير الفنى و يتخذون منها معياراً لمعرفة متى تتوافر رابطة التبعية بين الطبيب والمستشفى الذى يعمل فيه [٢] .

و يبنون رأيهم على أن المحاكم ميزت بين نوعين من الرقابة يختلف كل منهما من حيث كفايته فى إنشاء علاقة التبعية التى تفترض خضوعاً تاماً من التابع لرقابة سيده وأوامره .

فالنوع الأول رقابة عامة الغرض منها التحقق من مراعاة المتعهد لشروط

---

(١) الدكتور وحيد فكرى رأفت — القانون الادارى طبعة سنة ١٩٣٨ ص ١٣٦؛؛ و ص ٢٨٣ و ٢٨٧ و ٢٨٨ ، وكتاب الدكتور عبد الله العربى فى القانون الادارى طبعة سنة ١٩٣٧ بند ١١٥ ص ١٥٠ ؛؛ ميشو فى نظرية الشخصية المعنوية طبعة ٣ جـ ١ بند ٨٦ و ٨٧ .

(٢) راجع بهجت بدوى فى رسالته فى مسئولية السيد عن أفعال تابعيه ص ١٠٨ ؛؛ خاصة ص ١١٢ وهامش ١ من نفس الصفحة ، ديموج جـ ٥ بند ٨٩٦ و بند ٩٠٣ ، وراجع أيضاً المراجع التى سنشير إليها فيما بعد .

ويلاحظ أن كل ما سنذكره عن طبيعة العلاقة بين الطبيب والمستشفى يسرى على العلاقة بين الطبيب والشركة أو المصنع الذى يتعاقد معه على علاج عماله .

العمل المتفق عليها والنوع الثانى يقتضي التدخل فى وسائل تنفيذ العمل وفى طريقة إدارته . وتعتبر الرقابة التى من النوع الثانى فقط منشئة لعلاقة التبعية[1] لا الرقابة التى من النوع الأول[2] .

فمن كان له فى علمه استقلال يخرجه عن سلطة غيره لايعتبر تابعاً لذلك

---

(١) بلانيول واسمان جـ ٦ بند ٦٤٢ ، هوك جـ ٨ بند ٤٤٤ ص ٥٩٠ ، لالو طبعة ١٩٢٨ بند ٤٨٩ وطبعة ٢ بند ١٠٢٣ ، فلور — العلاقات بين المتبوع والتابع — ص١٢٧ و١٣٥ ؟؟ ومع ذلك قارن س ١٤١ ، ديموج جـ ٥ بند ٨٨٦ و ٨٩٦ و ٨٩٩ ، مازو طبعة ٣ جـ ١ بند ٨٨٥ و ٨٩٢ ، بودرى وبارد جـ ٤ طبعة ٣ بند ٢٩١٢ ، سوردا طبعة ٥ بند ٨٨٧ ، أوبرى ورو طبعة ٥ جـ ٦ § ٤٤٧ ص ٣٨١ وهامش١٥ مكرر وهامش١٥ /٣ ص ٣٨٢ ، نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٨٩١ سيرى ١٨٩٢—١—٢٤٧ ، نقض مدنى٢٥ /١٠ سنة١٨٨٦ دالوز١٨٨٧—١—٢٢٥ ، نقض جنائى٢٠ /١٨٤٧/٨ سيرى ١٨٤٧—١—٨٥٥ ، مرسيليا ٢٧ /١٨٧٩/٥ دالوز ١٨٨٠—٢—٢٤٣ ، نقض ٤ /١٨٨٠/٢ سيرى ١٨٨٠— ١—٤٦٣ ، عرائض ٧ /١٩٢٤/٤ جازيت باليه ١٩٢٤—٢—١٦٠ ، محكمة اكس ١٣ /٥ سنة ١٨٦٥ دالوز ١٨٦٦—٢—٢٣٨ ، بو ١ /١٨٩٦/٦ سيرى ١٨٩٧—٢—٣٠٨ ، نقض ٨ مارس سنة ١٩٢٢ و ١٣ فبراير سنة ١٩٢٤ فى دالوز ١٩٢٥—١—١٣٤ ، نقض ١٥ /١٩٢٦/٦ سيرى ١٩٢٦—١—٢٤٩ وتعليق اسمان ، نقض ١٨ /١٩٢٨/٦ جازيت باليه ١٩٢٨—٢—٤١١ ، نقض ٩ /١٩٣١/١ دالوز ١٩٣١—١—١٧١ ، نقض جنائى ٢٣ /١٩٣٢/٦ جازيت باليه ١٩٣٢—٢—٤٦٣ ، نقض جنائى ٢٥ /١٩٣٢/٦ جازيت باليه ١٩٣٢—٢—٤٦٣ ، نقض جنائى ٢٠ /١٩٣٣/٥ جازيت باليه ١٩٣٣—٢—٣٥٢ ، نقض جنائى ٢٨ /١٩٣٤/٦ سيرى ١٩٣٤—١—٣١٦ ، نقض جنائى ٣ /١٩٣٤/٨ جازيت باليه ١٩٣٤—٢—٥٠١ ، نقض جنائى ٦ /١٩٣٥/٨ جازيت باليه ١٩٣٥—٢—٦٦٣ نقض جنائى ٢٧ /١٩٣٦/٣ جازيت باليه ١٩٣٦—١—٩٣٠ ، نقض جنائى ١٢ /١٩٣٦/٦ جازيت باليه ١٩٣٦—٢—٤٦٨ ، نقض ٤ مايو ١٩٣٧ سيرى ١٩٣٧—١—٢٤٧ ، سم ٤ /٢ سنة ١٩٣٧ جازيت المختلط ٢٩ رقم ٤٥٨ ص٣٨٨ ، فى نفس المعنى حكم بولونيا العليا ٩ مايو سنة ١٩٣٤ المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٦ ص ٣٠٤ .

(٢) جاردنا وريتشى طبعة ١٩٢٧ ص ٤٤٠ بند ٩٩ ، دكتور سليمان مرقص بمجلة القانون والاقتصاد سنة ٧ ص ١٧١ ورسالته فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٣٩٨ ، بهجت بدوى — فى رسالته المشار إليها آنفاً ص ٩٧؟؟ بواتييه ١٢ /١٩٠٤/١٢ دالوز١٩٠٥ —٢—٤٥٤ ، نيم ٢٣ يناير سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعى ١٩٢٤ ص ٣٢٣ ، لييج ١٩ /٥ سنة ١٨٨١ سيرى ١٨٨١—٤—٤٠ ، سم ١٢ /١٦/١١ B. L. J. سنة ٢٩ ص ٦٤ ، ليون ٢٥ /١٨٦٧/٢ دالوز ١٨٦٨—٢—١٠٩ ، باريس ١٤ /١٨٨٣/٦ دالوز ١٨٨٤ —٢—١٠٦ ، عرائض ٢٩ /١٩٠٠/٥ دالوز ١٩٠١—١—٢٦٥ .

الغير[١] . وقد حكمت بذلك المحاكم المصرية إذ قررت أن المقاول رجل مستقل في عمله عن صاحب العمل وله كل الحرية الفنية فى أن يتخذ وحده مايراه لإمكان الوصول بالمقاولة إلى النهاية المشترطة عليه فى العقد ، ومن ثم لا تكون علاقته بصاحب العمل علاقة تابع بسيد ، ولا يكون صاحب العمل مسئولا مع المقاول عما يرتكبه هذا الأخير من الخطأ الفنى فى عمله بل المقاول هو المسئول وحده[٢] .

ومتى كان للسيد حق الرقابة على أعمال تابعه فلا عبرة بعد ذلك باستعماله حقه فى هذه الرقابة و إصدار الأوامر كثيراً أو قليلا ولا بعدم استعماله له مطلقاً[٣] لأنه فى كلتا الحالتين يكون مسئولا عن أعمال تابعه و إنما يشترط فقط أن يكون السيد قادراً على مباشرة هذا الحق فإن لم يكن ذلك فى مقدوره بسبب ما للخدمات المنوطة بالتابع من صبغة فنية مثلا تعذر القول بأن للسيد فعلا حق الرقابة على عمل التابع الفنى وعلى وسائل تنفيذه وانعدمت بينهما علاقة التبعية فيما يتعلق بتنفيذ العمل الفنى[٤] .

و بتطبيق هذه التفرقة على علاقة الطبيب بالمستشفى يقولون إنه إذا كان الطبيب الذى يعمل بالمستشفى معيناً من قبل مجلس إدارتها فهذا لا يمنع من أنه

---

(١) نقض ١٨٨٠/٢/٤ سيرى ١٨٨٠ــ١ــ٤٦٣ ، مصطفى بك مرعى طبعة ٢ بند ٢٠١ .

(٢) محكمة مصر الابتدائية فى ١٩٢٦/١٢/٢٠ محاماة ٧ ص ٥٨٤ رقم ٣٨٩ والمجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١١٩ ص ٢٢٩ ، موسكى ١٩٣١/٢/٢٦ مرجع القضاء لعبد العزيز ناصر رقم ٥٤٦٢ ، س مختلط ١٩٠٣/٦/٢٤ مجموعة القضاء والتشريع ١٥ ص ٣٥٩ ، سم ١٩٣٧/٢/٤ جازيت المختلط سنة ٢٩ رقم ٤٥٨ ص ٣٨٨ ، سم ١٩١٦/١١/١٢ سنة ٢٩ ص ٦٤ .

(٣) بهجت بدوى المرجع السابق ص ٧٩ و ٨٠ ، هوك جـ ٨ بند ٤٤٤ الفقرة الأخيرة ص ٥٩٠ ، مازو طبعة ٣ جـ ١ بند ٨٨٨ ، مصطفى بك مرعى — المسئولية المدنية طبعة ٢ بند ٢٠٠ .

(٤) سوردا طبعة خامسة جـ ٢ بند ٨٩٠ ، محاضرات الدكتور خيال غير المطبوعة فى الالتزامات ، نقض جنائى ١٩٣٤/٦/٢٨ سيرى ١٩٣٤ــ١ــ٣١٦ ، بارتان فى أوبرى ورو طبعة ٥ جـ ٦ § ٤٤٧ ص ٣٨٢ هامش ٣/١٥ ، دكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ٧ ص ١٧٣ ورسالته فى نظرية دفع المسئولية المدنية النسخة العربية ص ٣٩٨ و ٣٩٩ .

يتمتع حتما بالاستقلال فى العناية التى يبذلها لمرضاه وليس لإدارة المستشفى أن تصدر إليه أمراً فيما يدخل فى صميم فنه ، بل إن عقد إدارة المستشفى يكون باطلا إذا كان من شأنه أن يفقد الطبيب حريته المهنية ، إذ احتفاظ المستشفى بالحق فى أن يصدر إلى الطبيب أوامره ، فيه إعتداء على المهنة الطبية ذاتها[1] . ويبنى على ذلك أن الطبيب لا يمكن أن يكون تابعاً طبقاً للمادة ١٥٢/١٣٨٤ فى كل ماله اتصال بعمله الفنى[2] على الأقل إذا لم يكن الشخص الذى يتبع له طبيباً آخر[3] لأن هذه الصفة تفترض خضوعاً تأباه المهنة الطبية .

---

(١) بيتوم فى ٧ فبراير سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ — ٤٣٦ ، نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ ص ٣٦٧ .

(٢) مازو طبعة ٣ ج١ بند ٨٩٤ ، هنرى مازو المجلة الفصلية ١٩٣٦ — بند ٨ ص ٣٠٣ و ٣٠٤ ، جاردنا وريتشى طبعة ١٩٢٧ ص ٤٤١ بند ١٠٤ ، بارتان فى اوبرى ورو طبعة ٥ ج ٦ ص ٣٨٣ هامش ٣/١٥ ، كولان وكابيتان طبعة ٨ ج ٢ بند ٢١١ ص ٢٠٠ ، مارتان الخطأ الفنى المرجع السابق ص ٤٤ ، ديموج ج ٥ بند ٨٩٦ و ٩٠٣ وفى المجلة الفصلية سنة ١٩٣١ ص ١١٦ بند ٨ ، التعليق على حكم السين فى ١٩٠٦/٧/٦ سيرى ١٩٠٧—٢—٢٢ ، بهجت بدوى المرجع السابق ص ١١٢ ، دكتور سليمان مرقص مجلة القانون والاقتصاد سنة ٧ ص ١٧٣ ، بيرو فى سيرى ١٩٠٦—٢— ١٧ A ، A.L. فى دالوز ١٩١٥—٢—٥٠ العمود الأول ، بودرى وبارد طبعة ٣ ج ٤ ص ٦١٨ بند ١٩١٢ جروليتش ولالو فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣١ ص ٦٧٧ ؟؟ بند ٢٣ ص ٦٩٧ . ويذهب فلور (المرجع السابق ص١٦٧ ؟؟ خاصة ص ١٧٠ و ١٧١) إلى أن الطبيب يجب ألا يعتبر تابعاً حتى فيما وراء عمله الفنى . ومع ذلك قارن ديموج ج ٥ بند ٨٩٤ .

(٣) بلانيول واسمان ج ٦ بند ٦٤٨ وهامش ١ ص ٨٧٦ . ويلاحظ أن اسمان يرجع انعدام رابطة التبعية إلى أن مزاولة المهنة الطبية يستلزم الحصول على شهادات تأبى أن يكون الطبيب تابعا لغير الحاصلين على شهادات مماثلة .

ديموج ج ٥ بند ٨٩٧ وفى المجلة الفصلية سنة ١٩٣١ ص ١١٥ و ١١٦ بند ٨ ، حكم أنجين ١٦ يوليو سنة ١٩٣٠ جازيت باليه ١٩٣٠—٢—٦٨٥ وقد قضى باعتبار أحد الأطباء تابعاً لطبيب أسنان . والواقع أنه لو صح أن الطبيب لا يمكن أن يعتبر تابعا فى كل ما له اتصال بعمله الفنى ، لما يجب أن يتمتع به من حرية فى مباشرة مهنته فإنه لا محل للتفرقة بين ما إذا كان الشخص الذى تريد إخضاعه له طبيبا أم غير طبيب ، إذ القول بغير ذلك فيه إغفال للاعتبارات الأدبية التى أوجبت استقلال الطبيب فى مباشرة العلاج الذى يختاره ويرتضيه للحالة المعروضة عليه؟ لا شك أن الطبيب يجب ألا يخضع لشخص لا إلمام له بالفن العلمى ولكنه يجب ألا يفقد حريته ==

ويضيفون إلى ذلك أن المنطق إذا كان يقضى بأن يظل الطبيب صاحب الكلمة الأولى فى العلاج الذى يختاره حتى لا تتعرقل جهوده بتدخل أناس بعيدين عن الإلمام بإصول الفن الطبي ، فليس ثمة مايبرر أن يكون للطبيب مركز قانونى خاص فى كل ما لا يتعلق بالتطبيق الصحيح لأصول الفن ، لأن رقابة المستشفى تصبح فى هذه الدائرة منطقية ومشروعة[1] .

فصفة الطبيب إذن تتغير ، فتارة يتمتع بحرية مطلقة وتارة يكون مدينا بالخضوع لغيره ، ومن ثم يكون أحياناً عاملا مستقلا ومسئولا وحده عن تصرفاته، وأحياناً خاضعاً لغيره ، فأفعاله توجب مسئولية هذا الغير . ولنعرف ما إذا كان تصرفه يوجب مسئولية المستشفى أم لا ، يجب علينا أن نتبين ما إذا كان يدخل فى تطبيقه لأصول فنه أم لا[2] ، فإذا أمر بدواء سام وأعطى منه المريض جرعة كبيرة فمات على الفور ، وإذا تسبب فى نقل عدوى للمريض بسبب عدم تعقيم آلاته ، وإذا أصاب عضواً سليما أثناء إجرائه عملية فإن إدارة المستشفى لا تكون مسئولة لأن عمل الطبيب فى جميع هذه الحالات ذو صبغة فنية تجعل من حقه وحده أن يباشره بغير رقابة لأحد عليه ، وبالعكس إذا لم يكشف على طفل مصاب بمرض معد قبل أن يعهد به إلى ظئر لإرضاعه فنقل إليها العدوى فإنما نكون بصدد إهمال عادى ليست له صبغة فنية ومن ثم يفترض أن إدارة المستشفى أهملت فى فرض رقابتها على الطبيب ، إذ لو أنها أحسنت الاشراف عليه لاستطاعت أن تتلافى مثل هذا الإهمال بغير نزاع ، ومن ثم تكون مسئولة ، وهذه التفرقة رغم

= حتى قبل زملائه الحاصلين على شهادات مماثلة ولو فاقوه علماو تجربة . فمصلحة المريض تأبى أن يلزم الطبيب بتطبيق علاج لا يطمئن إليه ولا يرضاه للمريض الذى أولاه ثقته ووضع حياته بين يديه . (راجع فى نفس المعنى ادمون برتران فى التابع الحديث ص ١٤٣ و ١٤٤، وفلور فى العلاقات بين المتبوع والتابع ص ١٧٧ و ١٧٨) .

(١) جاردنا وريتشى طبعة ١٩٢٧ ص٤٤١ بند١٠٥ ، ديموج جـ٥ بند ٨٩٦ و ٩٠٣ A. In فى دالوز ٩١٥ـ٢ـ٥٠ العمود الثانى ، بيرو فى سيرى ١٩٠٦ـ٢ـ١٧ ب. ا.

(٢) بيرو فى سيرى ١٩٠٦ـ٢ـ١٧ ب. ا.

أنها تأيدت فى مصر (١) وفى فرنسا (٢) بأحكام كثيرة تبدو لنا غير مقبولة بل يبدو

---

(١) راجع محكمة مصر الأهلية فى ١٩٣٥/٢/٤ محاماة ١٦ ص١٨٩ رقم ٨٤ وقد قضت بأن ديوان الأوقاف الملكية ليست له من الرقابة على الطبيب فى أعماله الفنية الطبية ما يجعله مسئولا عن أخطائه الفنية باعتباره تابعاً له وفقاً لنص المادة ١٥٢م لأن الخادم الذى تعنيه المادة المذكورة هو الشخص الذى يسير فى عمله بأمر سيده وإرشاده وتحت رقابته الفعلية فإذا انعدمت هذه الرقابة بحكم اختلاف مؤهلات الطرفين الفنية كان مرتكب الخطأ هو وحده المسئول عن نتائج خطئه .

وراجع أيضاً حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٩٣٦/٧/١٩ (محاماة سنة ١٨ رقم١٦٣ ص٢٩٤) إذ قضى بأن الحكومة إذا ندبت لجنة من الأطباء ذوى الكفاية العلمية الخاصة لفحص حالة طالب الاستخدام فلا تكون مسئولة عن أخطاء التشخيص التى قد يرتكبها أطباؤها (B. L. J. 49. 11 19.) .

وراجع أيضاً س مختلط ١٩١١/٢/١٥ مجموعة القضاء والتشريع سنة ٢٣ ص١٨٣ .

(٢) راجع فى الأحكام التى نفت وجود رابطة تبعية فى الدائرة الفنية : إكس ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ داللوز الأسبوعى ١٩٣٨—٢٩٦ ، بيتوم ٦ فبراير ١٩٣٦ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦—٤٣٦ ، ديجون ١٢ أغسطس ١٩٠٢ سيرى ١٩٠٦—٢—١٧ ، جرينوبل ٢٩ أكتوبر ١٩٠١ داللوز ١٩٠٤—٢—٣٠٠ ، ليون ١٧ يونيه ١٨٩٦ داللوز ١٨٩٨—٢—١٦٤ ، بوردو ٣١ يوليو ١٨٧٨ سيرى ١٨٧٩—٢—١٥ .

قرب فيما يتعلق بأطباء المستشفيات العامة : باريس ١٨ مارس ١٩٣٨ داللوز الأسبوعى ١٩٣٨—٣٧٧ ، سين ١٤ ديسمبر ١٩٢٠ داللوز ١٩٢١—٢—٢٧ ، سين ٦ يوليه١٩٠٦ داللوز ١٩٠٦—٥—٧١ وسيرى ١٩٠٧—٢—٢٢، بوردو ٦ فبراير ١٩٠٠ داللوز١٩٠٠—٢—٤٧٠ ، بواتييه ٢٦ ديسمبر ١٨٩٢ داللوز ١٨٩٣—٢—٣٤٩ .

وراجع فى نفس المعنى محكمة استئناف تورين ١٨٩٧/١٢/٢١ داللوز١٩٠٠—٢—٤٧٥، محكمة بولونيا العليا١٩٣٤/٥/٩ المجلة الفصلية ١٩٣٦ ص٣٠٤، بروكسل ١٩٠٤/١٢/١٧ بازيكريزى ١٩٠٥—٣—٧٥ ، لييج ١١ مارس ١٨٩٩ بازيكريزى ١٨٩٩—٢—٢٥٣ .

وقارن حكم محكمة لوفان فى ١٨٩٥/٧/١٢ بلجيكا القضائية ١٨٩٧ ص١٤١٩ وقد نفى مسئولية المستشفى العام استناداً إلى أن هيئة المستشفى باختيارها لعماله إنما تجرى عملا من أعمال الحياة السياسية ومن ثم لا تتطبق عليها المادة ١٣٨٤ التى تفترض أن اختيار التابع قد أجراه شخص لم يكن ملزماً بذلك بل كان مدفوعاً إلى هذا الاختيار باعتبارات شخصية .

وراجع فى الأحكام التى أقرت بوجود رابطة التبعية فيما وراء الدائرة الفنية ، مرسيليا ١٨ فبراير ١٩٣٨داللوز الأسبوعى ١٩٣٨—٢٥٢ ، پو ١٩١٣/٦/٣٠ سيرى ١٩١٣ — ٢ — ٢٧٧ وداللوز ١٩١٥ —٢—٤٩ وكذلك الحكم الابتدائى من محكمة پو فى ١٨ يوليه ١٩١٢، ديجون ١٨ مارس ١٩٠٣ سيرى ١٩٠٦—٢—١٧ وداللوز ١٩٠٤—٢—١٣٤ و ١٣٥ ، باريس ١٨٩٣/٢/٢٤ داللوز ١٨٩٣ —٢—١٨٩ والحكم خاص بمستشفى عام وكذلك الحكم الابتدائى من محكمة السين فى ١٨٩٢/٤/١ ، تعليق بيرو فى سيرى ١٩٠٦—٢—١٧ =

لنا أن مسئولية المستشفى عن فعل الطبيب قد أسيء وضعها ذلك أنه فى أغلب الأحوال تكون مسئولية المستشفى عن فعل الطبيب عقدية لا تقصيرية فالمستشفى بقبوله المريض يضمن له عناية طبية مناسبة لحالته وهو مسئول عن عدم تنفيذ هذا الالتزام إلى أن يثبت القوة القاهرة أو الحادث الجبرى [1] ولا يعتبر فعل الطبيب من قبيل القوة القاهرة ما دام المستشفى هو الذى عهد إليه بالعلاج [2] ففى الدائرة العقدية ليس من حق المتعاقد أن ينيب غيره فى التنفيذ دون أن يكون مسئولا إن لم يقم هذا الأخير بتنفيذ الالتزام على الوجه المتفق عليه ، ومن ثم فالمسئولية هنا لا تفترض قيام رابطة التبعية بالمعنى المفهوم [3] ويبنى على ذلك أن المستشفى الذى يتعهد بعلاج مريض ثم يلجأ لطبيب لتنفيذ التزامه إنما يضمن فعل الطبيب سواء فى الدائرة

= قارن حكم ليون ١٨٩٦/٦/١٧ دالوز ١٨٩٨ــ٢ــ١٧٤ وقد اعتبر إدارة المستشفى غير مسئولة عن فعل الطبيب الذى أمر بنقل مريضة إليه دون أن يستأذن أهلها ودون أن يتأكد من أنها كانت حية وقت نقلها .

(١) ساناتييه فى دالوز ١٩٣٩ــ١ــ٥١ العمود الأول الفقرة الأخيرة ، فلور ــ العلاقات بين المتبوع والتابع ص ١٧١ .

(٢) البرتومونتل فى التعليق على الأحكام الإيطالية فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٥ ص ٩٧٩ .

(٣) سافاتييه فى دالوز ١٩٣٩ــ١ــ٥١ عمود ثانى الفقرة الأولى وفى كتابه فى المسئولية ج ١ بند ٢٨٣ ، حكم بواتييه ١٩٠٤/١٢/١٢ دالوز ١٩٠٥ــ٢ــ٤٥٤ ، وفى النقض عرائض ١٩٠٧/١/٣٠ دالوز ١٩١٠ــ١ــ٤٣٢ ، فلور المرجع السابق ص ١٧١ ، مازو ج ١ طبعة ٣ بند ٩٩٩ ، ديموج ج ٦ بند ٥٧٢ ؛؛ بلانيول رادوان ج ٧ بند ٨٤٥ ، بران المرجع السابق بند ٣٥ ص ٤٥ ، فان رين ص ٤٣ الفقرة الأخيرة ص ٤٤ ، نقض ٣٧/١١/٢٠ Juris Classeur م١٣٨٢ ؛؛ المسئولية الطبية رقم ١/٢١٤ .

راجع أيضا فى شرح المسئولية العقدية عن فعل الغير وبيان أحكامها . ساناتييه بند ١٤٩ و ١٥٩ و ٢٨٣ ، مازو طبعة ٣ ج ١ بند ٩٦٥ ؛؛ بكيه المسئوليه عن فعل الغير فى المسائل العقديه المجلة الفصلية سنة ١٩١٤ ص ٢٥١ ؛؛ بهجت بدوى فى رسالته فى مسئولية المتبوع عن أفعال تابعيه ص ٥٥ ؛؛ وفى كتابه أصول الالتزامات بند ٣٢٢ ؛؛ سليمان مرقص فى رسالته فى نظرية دفع المسئولية ص ٤٠٦ ؛؛ بران المرجع السابق ص ٤٢ بند ٣٢ وما بعدها ، نانرين بند ٣٢ ص ٤٢ ؛؛ لالو طبعة ٢ بند ١١٠٣ ؛؛ ديموج فى سيرى ١٩٢٤ــ١ــ١٠٦ عمود أول وثانى .

قارن بلانيول واسمان بند ٣٨١ .

الفنية أو خارجها وهذا من غير شك هو القصد من التعاقد و إلا كان تغريراً بالمريض[١]، ولقد فهمت محكمة باريس بحكمها الصادر فى ٦/٦/١٩٢٣[٢] المسألة على وضعها الصحيح إذ قررت مسئولية شركة التأمين عن الإهمال الحاصل فى علاج امرأة دخلت فى مستوصف تديره استناداً إلى أنها بقبولها فى المستوصف تكون قد تعاقدت على حسن علاجها[٣] .

و يحق لنا أن نقول إذن إن المحاكم التى بحثت فى الدائرة العقدية عن توافر رابطة التبعية للقول بمسئولية المستشفى لم يصادفها التوفيق ، فتطبيق المادة ١٥٢/١٣٨٤ م على الأطباء الذين يعملون فى مستشفى أو شركة لا تعرض إذن إلا فى الأحوال التى تكون فيها المسئولية تقصيرية كمسئولية المستشفى قبل أهل المريض

---

(١) سافاتييه ج ٢ بند ٧٩٦ ، وسافاتييه فى دالوز ١٩٣٩—١—٥١ العمود الثانى الفقرة الثانية .

قرب فلور المرجع السابق ص ١٧١ هامش ١ .

(٢) دالوز ١٩٢٤—٢—١٧ . راجع أيضاً حكم استئناف ديجون فى ١٨ مارس سنة ١٩٠٣ سيرى ١٩٠٦—٢—١٧ وتعليق بيرو . وقارن الحكم الابتدائى فى هذه القضية الصادر من محكمة ديجون فى ١٩٠٢/٨/١٢ إذ جاء فيه . وحيث إن بلترر يدعى من جهة أخرى أنه تم بينه وبين إدارة المستشفى عقد معاوضة منشىء لالتزامات متبادلة بينهما ، فإدارة المستشفى ملزمة بإيوائه وتقديم العلاج المناسب له ، وأنه لما كانت إدارة المستشفى قد قصرت فى القيام بالتزامها فإنه محق فى دعواه قبلها . ولكن حيث إنه ثبت من أقوال بلترر نفسه أن الأنكيلوز الذى يشكو منه نشأ عن خطأ مهنى من الطبيب المعالج ومن ثم فإن مظنة عدم تنفيذ المستشفى لالتزاماته أو تقصيره فى القيام بها تنتفى إزاء خطأ مفروض من الغير الذى لا تسأل عنه . وأنه سبق أن تبين أن إدارة المستشفى ليست لها رقابة على ما يأمر به الطبيب المعالج وهى ليست مسئولة عنه بمقتضى المادة ١٣٨٤ ومن ثم لا يمكن أن تكون مسئولة عن عدم التنفيذ الناشىء عن سبب أجنبى لا يمكن نسبته إليها .

ويلاحظ فى هذا الحكم أنه اعتبر الطبيب أجنبياً عن المستشفى لانعدام رابطة التبعية مع أن هذه الرابطة غير لازمة فى المسئولية التعاقدية عن فعل الغير .

(٣) أنظر أيضاً فى تطبيق الأحكام الصحيحة فى الموضوع والرجوع إلى أحكام المسئولية العقدية حكم محكمة تورين فى ٢٠ مارس سنة ١٩٣٣ المجلة الفصلية سنة ١٩٣٥ ص ٩٧٦ بند ٤ من تعليقات البيرتو مونتل على القضاء الايطالى، ونقض ١٩٣٧/١٢/٢٠ Juris. Classeur civil تحت المواد ١٣٨٢؟؟ المسئولية الطبية رقم ١/٢١٤ .

الذى توفى نتيجة خطأ الطبيب عما أصابهم شخصياً من الضرر من جراء فقد قريبهم .

ونحن نعتقد أن الطبيب فى هذه الحالة يجب أن يعتبر تابعاً للمستشفى أو الشركة أو المصنع الذى يعمل فيه حتى فيما يعتبر من صميم فنه[1] إذ لا ضير فى أن تلحق صفة التبعية أشخاصاً ينطوى عملهم على نواح فنية لا يلم بها المتبوع[2] فتقتصر

---

(١) سنهورى بك ـ الموجز فى الالتزامات بند ٣٥١ ، دكتور حشمت أبوستيت فى الالتزامات طبعة ١٩٤٤ بند ٥٠٦ ص٣٦٢ ، سافاتييه جـ١ بند ٣٠٠ وفى دالوز ١٩٣٩ـ ١ـ٥١ عمود ثان فقرة ٣ ، موريس زنجهر مسئولية السيد المدنية رسالة باريس سنة ١٩٢٣ ص٦٢ ، أديمون برتران التابع الحديث ص١٣٩؟؟ خاصة ص ١٤٢و١٤٣ وص٢٦٠و٢٦١، لالو طبعة ٢ بند ١٠٤٥ وطبعه أولى بند ٤٩٧ ، مقدمة لوسيان أولانيون لكتاب برتران التابع الحديث ص ٥ ، لاكاس بند ١١٦ ، بيتل ص ١٨٠ .

عكس خيال محاضراته غير المطبوعه فى الالتزامات قارن سنهوري وبهجت بدوى فى المسئولية التقصيرية فى القانون المصرى ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ٢ص ٢٢٢ القسم الأوربى .

(٢) بلانيول واسمان جـ٦ بند ٦٤٦ ، مازو طبعة ٣ جـ١ بند ٨٨٨ ، إدمون برتران التابع الحديث ص ٨٨ فى الآخر ؟؟ سافاتييه شرح المسئولية جـ١ بند ٢٨٨ و ٣٠٠ وفى دالوز ١٩٣٩ـ١ـ٥١ العمود الثانى الفقرة الثالثة ، مصطفى مرعى المسئولية طبعة ٢ بند ٢٠٠ ص ١٧٠ ، وراجع تحليلا دقيقاً لهذه الفكرة فى نلور المرجع السابق ص ١٦١؟؟ إلى ص ١٦٦ ، حشمت أبوستيت فى الالتزامات طبعة ١٩٤٤ بند ٥٠٦ ص٣٦١ فى الآخر ، لاروميير طبعة ١٨٨٥ جـ٧ ص٦٠٥ و٦٠٦ ، بوردو ١٨٥٩/٧/١١ دالوز ١٨٦٠ـ٢ـ٢٣ ، ديجون ١٩٢٧/٧/٢٠ جازيت باليه ١٩٢٧ـ٢ـ٨٧٣ ودالوز ١٩٢٨ـ٢ـ١٣ وتعليق بيسون ص١٥ عمود أول فقرة أولى ، سم ١٩٢٢/٣/١٦ مجموعة التشريع والقضاء ٣٤ ص٢٤٠ وقد اعتبر مالك الصيدلية غير الفنى مسئولا عن الخطأ الفنى الذى وقع من مستخدمه الصيدلى.

عكس بارتان فى أوبرى ورو طبعة ٥ جـ٦ § ٤٤٧ هامش ٣/١٥ ص٣٨٢ و ٣٨٣ ، وخيال فى محاضراته غير المطبوعة فى الالتزامات .

قلنا فى المتن إنه لا ضير فى أن تلحق صفة التبعيه أشخاصاً ينطوى عملهم على نواح فنية لا يلم بها المتبوع ، إذ القول بغير ذلك يفقد المادة ١٣٨٤/١٥٢ جل قيمتها ، فالاتجاه نحو تقسيم العمل والتخصص الفنى ينافى الملم السيد إلماما تاما بجميع النواحى التى تنطوى عليها أعمال تابعيه والغالب أن من يستعين بشخص ذى دراية خاصة إنما يلتجىء إليه لعجزه عن الالمام بأصول فنه. قد يعترض بأن الحجة التى ندلى بها مبنية على اعتبارات من المصلحة العملية لا يصح أن يعتمد عليها فى تفسير نص جاء خروجا على القواعد العامة ولكن يجب ألا يغرب عن البال أن هذا النص قد دعت إليه هذه الاعتبارات العملية ذاتها فمن الخطأ البين أن نطرحها جانباً فى بيان مدى تطبيقه .

بذلك رقابته على مجرد التوجيه العام[1] وهو وضع مسلم به بالنسبه لقائد السيارة مثلا

= لا شك أننا ننتهي إلى إيجاب المسئولية على أشخاص لا يستطيعون درء وقوع الضرر ، وهو ما يتنافى مع مظنة الخطأ في الرقابة والتوجيه ولكن جعل مظنة الخطأ في الرقابة والتوجيه أساساً لمسئولية السيد عن فعل تابعه أمر قد أجمع الفقه الحديث على انتقاده (فلور المرجع السابق ص٥٣٠ ؛؛ دالان في دالوز ١٩٣١ - ١ - ١٧٢ العمود الأول ، مازو طبعة ٣ بند ٩٣١ ، بلانيول المجلة الانتقاديه سنة ١٩٠٩ ص٢٩٦ ؛؛ برتران المرجع السابق ص٩٣ ؛؛ راجع أيضاً لوران طبعة ٤ جـ ٢٠ بند ٥٧٨ ، حشمت بند ٥٠٩ ص٣٦٥) إذ لا يتصور كون المسئولية مبنية على خطأ في الرقابة دون أن يستطيع السيد نفي هذا الخطأ .

حقاً إن الحل الذى نقول به لا يخلو - من ناحية العدالة البحتة - من بعض التحكم ولكن يجب أن نسلم بأن مسئولية السيد في ذاتها قاعدة مصطنعة فرضتها نصوص القانون فلا يمكن أن تخلو حدودها من شيء من التحكم بل إن هذا التحكم هو الثمن اللازم للعدالة الاجتماعية التي ننشدها .

(١) زنجهر - مسئولية المتبوع المدنية رسالة باريس ١٩٢٣ ص١٩ و ٢٠ ، سنهوري - التزامات بند ٣٥١ ، باريس ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٤ - ٢ - ٣١ ، بوردو ١١ يولية سنة ١٨٥٩ دالوز ١٨٦٠ - ٢ - ٢٣ .

ويتصل ببحث رابطة التبعية وتوفرها بالنسبة للطبيب بحث ما إذا كانت العلاقة بين الطبيب والمستشفى يمكن أن توصف بأنها عقد إيجار أشخاص والاتصال بين الفكرتين واضح ، فعقد العمل ورابطة التبعية كلاهما يقوم طبقاً للنظرية التقليدية على حق الرقابة والتوجيه ، أي على وجود علاقة خضوع بين شخصين (راجع في هذا المعنى سافاتييه جـ ١ بند ٢٩٦ وفلور في العلاقات بين المتبوع والتابع آخر ص١١٦ و ١٢٧ ؛؛ ادمون برتران التابع الحديث ص٨٠ ؛؛ .

قارن تعليق بيرو في سيرى ١٩٢٤ - ٢ - ٥٧ خاصة العمود الثالث ، وراجع في اشتراط علاقة الخضوع في عقد العمل عرائض ١٩٢٤/١١/١٢ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ ص٧١٥ ، ونقض ١٩٢٥/٤/٢٤ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١٤١ ، نقض مدني ١٩٢٩/٤/٢٩ دالوز ١٩٣٠ - ١ - ٦ ، نقض مدني ١٩٣١/٧/٦ دالوز ١٩٣١ - ١ - ١٢١ وتعليق بيك ؛ نقض مدني ١٩٣٢/٦/٢٢ دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ ص٣٩٣ ؛ بلانيول ورواست جـ ١١ بند ٧٧٢ ، برتران المرجع السابق ص٩٣ ؛؛ .

وإذا كانت المحاكم قد أقرت بوجود علاقة التبعية ولو لم يوجد عقد عمل فإنها قررت دائماً أن عقد العمل يتضمن إنشاء رابطة التبعية بالمعنى المفهوم من المادة ١٣٨٤/١٥٢ (نقض جنائي ١٩٢٢/١/١٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ٥ وتعليق سافاتييه ، ديجون ١٩٢٧/٧/٢٠ دالوز ١٩٢٨ - ٢ - ١٣ وتعليق بيسون) وإذا كنا في موضع آخر قد اكتفينا بحق التوجيه العام للقول بوجود عقد عمل بين الطبيب والمستشفى فلا غرو أن اكتفينا هنا بهذا الحق للقول بوجود رابطة التبعية بينهما . ويلاحظ أننا لم نذهب فيما نقول إلى حد الاعتماد مع أنصار نظرية تحمل التبعة على رابطة التبعية الاقتصادية (سافاتييه في دالوز ١٩٢٣ - ١ - ٥ أنظر الستة أسطر الأخيرة من العمود الأول ص٦ ؛؛ خاصة الفقرة الأخيرة من العمود الأول ص ٧ ، بيسون في =

فى علاقته مع سيده[1] فلماذا يرفض فى علاقة الطبيب بالمستشفى[2] ؟ ألأن الطبيب يشغل مركزاً اجتماعياً خاصاً ؟ ولكن متى كان المركز الاجتماعى أو الأدبى ذا تأثير فى وجود رابطة التبعية أو عدم وجودها[3] .

= دالوز ١٩٢٨ — ٢ — ١٤ عمود أول نقرة ٢ وما بعدها فى العمود الثانى ، ودالان فى دالوز ١٩٣١ — ١ — ١٧١ أنظر ص١٧٣ عمود ٢ نقرة أخيرة وما بعدها من ص ١٧٤ خاصة الفقرة ٣ من العمود الثانى ، وجان لو فى دالوز ١٩٣٠ — ٢ — ٩٨ أنظر العمود الأول الفقرة الثالثة) فهى فكرة غامضة لا تصل بنا إلى أية نتيجة إذ أن كل فرد فى الواقع فى حالة تبعية اقتصادية بالنسبة للآخرين ، وليس هناك من يستطيع أن يستقل فى حياته عن كل من عداه . مازو طبعة ٣ جـ ١ بند ٨٨٤ ، بهجت بدوى فى المرجع السابق ص ٨٠ ؟؟ خاصة ص٨٣ و ٨٤ ، إسمان فى المجلة الانتقادية ١٩٢٤ من ص١٩٥ إلى ص١٩٧ ، فلور العلاقات بين المتبوع والتابع ص٧٧ ؟؟ إلى ٨٠ ، قرب برتران — التابع الحديث ص٢١٧ .

(١) باريس ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٤ـ٢ـ٣١ ، ديجون ١٩٢٧/٧/٢٠ دالوز ١٩٢٨ـ٢ـ١٣ ؛ وتعليق بيسون ، مازو طبعة ٣ جـ ١ بند ٨٨٨ ، حشمت أبو ستيت — المرجع السابق بند ٥٠٦ ص٣٦٢ ، فلور المرجع السابق ص١٦١ .

(٢) ويبرر فلور نفى صفة التبعية عن الطبيب (فلور المرجع السابق ص١٦٧ ؟؟) مع إقراره بها بوجه عام بالنسبة لسائر الرجال الفنيين (ص١٥٦ ؟؟) بأن مناط رابطة التبعية هو فى ثبوت الحق فى الرقابة والتوجيه سواء أكان السيد يستطيع استعمال هذا الحق أم لا .

على أنه إذا كان هذا الحق ثابتاً بالنسبة لكل شخص يستخدم آخر ولو انطوى عمل هذا الأخير على عناصر فنية لا يلم بها السيد فإن إخضاع الطبيب لأية رقابة فى كل ما له اتصال بمباشرة مهنته أمر يأباه النظام العام (فلور ص ١٧٣) بل إن الطبيب الذى يتخلى عن استقلاله يخل بأحد التزاماته المهنية وهو خطأ أكيد إن لم يستوجب الجزاء الجنائى فلا أقل من أن يوجب المسئولية المدنية . (راجع فى وجوب استقلال الطبيب فى عمله وتعلق ذلك بالنظام العام . برتران المرجع السابق ص١٣٩ و ١٤٠) .

ونحن نرى أن الأساس الذى بنى عليه فلور رأيه لا يسلم من النقد إذ كيف يفرق القانون بين مركز شخص لا يملك الحق فى الرقابة والتوجيه وآخر يملك هذا الحق ويستحيل عليه استعماله وكان الأولى بفلور ألا يلجأ إلى هذا الطريق الملتوى ليبرر مركزاً خاصاً لأرباب المهن الحرة ، بل كان الأحرى به أن يرجع إلى الواقع ويقرر أن مناط رابطة التبعية هو فى حلول شخص محل آخر فى القيام بعمل لصالحه ولحسابه ، وطبيعى أن رابطة التبعية على هذا الأساس لا تستلزم خضوعا تاما من التابع للمتبوع (مقدمة لوسيان أو لانيون لكتاب برتران فى التابع الحديث ص٤ و٥) بل يكفى لقيامها ثبوت الحق فى التوجيه العام للسيد على التابع (قرب ما نقوله بما يقوله برتران المرجع السابق ص٢٦٠) .

(٣) مازو طبعة ٣ جـ ١ بند ٨٨٦ ، لالو طبعة ١٩٢٨ بند ٤٩٧ وطبعة ٢ بند ١٠٤٥ ، فلور المرجع السابق ص ٨٠ ؟؟ . =

حقاً إنه ليبدو أن القضاء فى فرنسا يخالف الرأى الذى انتهينا إليه ، ولكنا لو أمعنا النظر فى الأحكام التى أصدرها لتبينا أنها لم تفصل فى الموضوع بصفة قاطعة ونهائية ، إذ فى الغالب كان بحثها عن توافر رابطة التبعية فى الدائرة الفنية خطأ أو تزيدا .

كان بحثها عنها من قبيل الخطأ فى جميع الأحوال التى كانت المسئولية فيها عقدية ، فكما سبق أن بينا إن مسئولية المستشفى عن خطأ الأطباء فى الدائرة التعاقديه لا تفترض قيام رابطة تبعية بينهما بالمعنى المفهوم من المادة ١٥٢/١٣٨٤[1] ، وكان بحثها عنها تزيداً لا يعتد به ، فى أغلب الحالات الأخرى إذ كثيراً ما اندفعت إلى القول بنفى رابطة التبعية دون أن تدعو إلى ذلك حاجة من ضرورات القضية[2] ، فهى تارة تبدأ بنفى حصول أى خطأ من الطبيب الأمر الذى

= فارث باريس ١٩٣١/٧/٢ جازيت باليه ١٩٣١—٢—٦٥٣ (آخر العمود الثانى أنظر سطر ٧٢ ص ٦٥٤ العمود الأول) ومحكمة أذين فى ١٩٣٠/٧/١٦ جازيت باليه ١٩٣٠ — ٣ — ٦٨٥ .

(١) راجع مثلا محكمة ديجون المدنية فى ١٩٠٢/٨/١٢ وكذلك الحكم الاستئناف فى نفس القضية فى ١٩٠٣/٣/١٨ سيرى ١٩٠٦—٢—١٧ ، دالوز ١٩٠٤—٢—١٣٤ . ومع ذلك يلاحظ أن الفقرة الأخيرة من الحكم الاستئناف فيها عرض صحيح للموضوع ورجوع إلى مبادىء المسئولية التعاقدية الواجب إعمالها ، وهذا الحكم وإن أقر الوضع الصحيح للمسألة فى هذه الفقرة إلا أنه منتقد من حيث تطبيقه للمادة ١٣٨٤ فى دائرة المسئولية العقدية ، فهو مبنى كما لاحظ بران بحق على نظرية الجمع وهى نظرية مرفوضة للاعتبارات التى سبق أن بيناها (بران المرجع السابق ص ٢٨٦ بند ٢٦١) . وكذلك محكمة استئناف بو فى ١٩١٣/٦/٣٠ والحكم الابتدائى فى ١٩١٢/٧/١٨ فى سيرى ١٩١٣—٢—٢٧٧ ودالوز ١٩١٥—٢—٤٩ .

(٢) راجع حكم محكمة ليون فى ١٨٩٦/٦/١٧ الذى قرر أن إدارة المستشفى ليست مسئولة عن فعل الطبيب الذى يعمل فيها والذى أمر بنقل مريضة إليها بغير إذن أهلها ودون أن يتأكد من أنها كانت على قيد الحياة وقت نقلها . ولم يكن الفصل فى القضية يستدعى مثل هذا التدليل من جانب المحكمة فالدعوى كانت مرفوعة على إدارة المستشفى بسبب سماحها بتشريح جثة مريضة وصلت إليها ميتة فالمسئولية كانت خاصة بالتشريح لا بالنقل ولقد انتهت المحكمة فعلا إلى الحكم على المستشفى بالمسئولية رغم الاعتبار الذى ذكرته فى حكمها (دالوز ٩٨—٢—١٦٤) .

وفضلا عن ذلك فالحكم فى الواقع قد رفض التفرقة المزعومة فإنه نفى رابطة التبعية فيما يتعلق بالخطأ فى نقل المريضة إلى المستشفى وهو خطأ جرت العادة على اعتباره خطأ عادياً .

كان يكفى وحده لهدم مسئولية المستشفى[1] دون حاجة إلى إنكار وجود رابطة التبعية ، وتارة أخرى تقرر أن رابطة التبعية ، لما كان مناطها حق السيد فى مراقبة التابع وتوجيهه فإنها لا تتوافر فى علاقة الطبيب بالمستشفى فى كل ما له اتصال بعمله الفنى أما فيما عدا الناحية الفنية فرابطة التبعية متوافرة ثم تنتهى بعد هذا التحليل القانونى إلى إقرار وجود رابطة التبعية على اعتبار أن الخطأ الذى نسب إلى الطبيب ليس خطأ فنياً[2] .

ولا يفوتنا هنا أن نلاحظ أن ليس هناك حد فاصل بين الخطأ الفنى والخطأ العادى ، وإننا لنلمس أن المحاكم كلما أرادت أن تقر مسئولية المستشفى كانت تقرر أن الخطأ الذى أتاه الطبيب هو من قبيل الخطأ العادى مع أننا لو حللناه لوجدنا أحياناً أنه ينطوى على عناصر فنية لا يصح التغافل عنها[3] .

---

(١) باريس ١٨ مارس سنة ١٩٣٨ بل إن هذا الحكم نفى أيضاً علاقة السببية بين العلاج الذى أجراه الطبيب والقرحة التى حصلت (دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ــ٣٧٧) .

قرب أيضاً حكم إكس فى ١٩٣٨/٢/١٧ فهو أيضاً قد نفى كل مسئولية على عاتق الطبيب ولكنه لم يستبعد مسئولية المستشفى استناداً إلى هذا الاعتبار وقد كان وحده كافياً لنفى المسئولية بل قرر عدم وجود رابطة تبعية بين المستشفى والطبيب فى عمله الفنى (دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ــ٢٩٦) سين ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٠ دالوز ١٩٢١ــ٢ــ٢٧، بواتييه ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ١٨٩٣ــ٢ــ٣٤٩ . قرب استئناف بوردو ١٨٧٨/٧/٣١ سيرى ١٨٧٩ــ٢ــ١٥ ، مصر الأهلية فى ١٩٣٥/٢/٤ محاماة سنة ١٦ رقم ٨٤ ص ١٨٩ .

قارن حكم محكمة جنح بيتوم فى ١٩٣٦/٢/٧ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ــ٤٣٦ إذ قضت برفض مسئولية العمدة المشرف على إدارة المستشفى رغم قضائها بالمسئولية على الطبيب استناداً إلى انتفاء رابطة التبعية . ولكن هذا الحكم تعدل من محكمة دويه الاستئنافية . حقاً إن المحكمة قد انتهت إلى رفض مسئولية المستشفى ولكنها خالفت محكمة أول درجة فى التدليل ، فبدلا من أن تعتمد على نفى رابطة التبعية عمدت إلى القول بأنه ما دامت مسئولية الطبيب قد انتفت فلا مسئولية على إدارة المستشفى .

(٢) استئناف ديجون فى ١٩٠٣/٣/١٨ سيرى ١٩٠٦ــ٢ــ١٧ ، محكمة استئناف الجزائر فى ١٩٣١/١١/٥ دالوز ١٩٣٧ــ١ــ٥ (راجع ص ٧ عمود ٢) . قرب پو فى ٣٠ يونيو سنة ١٩١٣ وكذلك الحكم الابتدائى سيرى ١٩١٣ــ٢ــ٢٧٧ ، محكمة مرسيليا المدنية ١٩٣٨/٢/١٠ دالوز الأسبوعى سنة ١٩٣٨ ص ٢٥٢ .

(٣) راجع مثلا حكم ديجون ١٩٠٣/٣/١٨ سيرى ١٩٠٦ــ٢ــ١٧ ، وپو ٣٠ يونيو سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٥ــ٢ــ٤٩ وتعليقات برتران عليها بالمعنى الذى تقوله فى كتابه — التابع الحديث ص ١٤٢ .

ويبدو لنا إذن أن القول بأن هناك قضاء مستقراً على نفى رابطة التبعية بين المستشفى والطبيب فى كل ما له اتصال بعمله الفنى لا يعبر تعبيراً صادقاً عن حقيقة المبادىء التى قررها القضاء لا سيما إذا لاحظنا أن بعض الأحكام أقرت مسئولية المستشفيات حتى عن الخطأ الفنى للأطباء الذين يعملون فيها[1] .

وأخيراً فها هى ذى محكمة النقض المصرية قد أقرت وجهة النظر التى نادى بها ، حيث قررت أن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذى عالج فيه المريض ولو كانت علاقة تبعية أدبية كاف لتحميل المستشفى مسئولية خطأ الطبيب[2] . وهكذا فإن مسئولية المستشفى تنضم إلى مسئولية الطبيب لتوفر للمريض أكبر ضمان للوصول إلى حقه فى التعويض وإنه لمن المصلحة أن يكون الأمر كذلك حتى تضطر الشركة أو المستشفى إلى حسن اختيار أطبائها فلا يثير عملهم مسئوليتها فى كل وقت .

لكن هل يشترط لقيام مسئولية المستشفى أن يثبت خطأ شخصى على الطبيب ؟

---

(١) محكمة السين فى ١٨٨٦/٤/٥ و ١٨٨٩/١/٢١ فى هامش نقرة ٢٥٣ من Dalloz Répertoire Supplément 9. Hospice & Hopitaux ، محكمة دنكرك المدنية فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩١٢ الذى تأيد لأسبابه من محكمة استئناف دويه فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٥ــ٢ــ٤٧ ، مرسيليا ١٩٣٨/٢/١٠ جازيت باليه ١٩٣٨ــ١ــ٩٢٤ .

قرب ليون ١٩٠٣/١٢/٩ سيرى ١٩٠٤ــ٢ــ١١٢ ، أنجين ١٩٣٠/٧/١٦ جازيت باليه ١٩٣٠ــ٢ــ٦٨٥ وتعليق برتران عليه فى كتابه «التابع الحديث» ص ١٤٣ .

(٢) يؤيد حكم محكمة النقض السنهورى بك الموجز فى الالتزامات بند ٣٥١ ويعارضه الدكتور خيال فى محاضراته غير المطبوعة فى الالتزامات ، والدكتور سليمان مرقص مجلة القانون والاقتصاد سنة ٧ ص ١٧٠ ؟؟ .

حقاً إن محكمة النقض لم توفق فى التعبير الذى اختارته لأن الأخذ بمدلول كلمة التبعية الأدبية على إطلاقه يؤدى كما قال الدكتور سليمان مرقص بحق (ص ١٧٥ من المرجع السابق) إلى توسيع دائرة التبعية وتراخيها إلى أقصى حدود التراخى ولكن المعنى الذى قصدته ظاهر ، فلا شك أنها رأت الاكتفاء بحق التوجيه العام لقيام رابطة التبعية بالمعنى المقصود فى المادة ١٥٢ .

راجع أيضاً حشمت أبو ستيت ــ المرجع السابق ص ٣٦٢ هامش ١ وهو يؤيد حكم النقض من حيث المبدأ ولكنه يرفضه من حيث النتيجة التى وصل إليها بالنظر إلى ظروف الدعوى .

هذا ماقررته محكمة النقض الفرنسية فى ٣٠/١٢/١٩٣٦ [(١)] فى قضية تتلخص ظروفها فى أنه اثناء إجراء عملية بأحد المستشفيات أفلت حامل الإبر من يد الجراح المباشر للعملية فأصيب الطبيب المساعد فى عينه.

ورغم أنه لم يثبت أى خطأ على الجراح فإن محكمة استئناف الجزائر [(٢)] اعتبرته مسئولا مع إدارة المستشفى عن تعويض الضرر الذى لحق الدكتور إرارا، الطبيب المساعد. ولقد بنى الحكم بالنسبة للجراح على أساس الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ فى المسئولية عن الأشياء المستعملة. أما المستشفى فاعتبر مسئولا عن فعل الجراح بوصفه تابعاً له.

ولكن محكمة النقض ألغت هذا الحكم بحجة أنه لايجوز الجمع بين مسئولية حارس الشيء ومسئولية السيد فهل أصابت محكمة النقض فى حكمها؟

الواقع أن حكم محكمة النقض مبنى على أن السيد لايسأل إلا إذا كانت مسئولية التابع ناشئة عن خطأ شخصى من جانبه أما إذا كانت مسئوليته مبنية على الإهمال فى الحراسة [(٣)] فلا يكون ذلك سبباً لمسئولية السيد. ويبدو لنا أن هذا التدليل لايتمشى مع أساس مسئولية السيد عن فعل تابعه.

ذلك أن القواعد التى تحكم هذه المسئولية لايمكن تفسيرها إلا على أساس أن التابع يحل محل السيد فهو امتداد لشخصيته ومن حق المجنى عليه إذن أن يعتبر فعل التابع صادراً من السيد [(٤)].

---

(١) دالوز ١٩٣٧–١–٥ وتعليق ساناتييه، المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ ص٣٥٣ رقم٩ وتعليق ديموج، سيرى ١٩٣٧–١–١٣٧ وتعلق مازو.

(٢) ٥/١١/١٩٣١ دالوز ١٩٣٧–١–٥.

(٣) وتظهر أهمية حكم محكمة النقض بنوع خاص فى أن المبدأ الذى قرره يشمل كما سنرى المسئولية المفترضة بسائر أنواعها أى سواء كانت مبنية على خطأ فى الحراسة أو على خطأ الغير.

(٤) مازو فى سيرى ١٩٣٧–١–١٣٨ العمود الأول، لوسيان أولانيون — مقدمة كتاب أدمون برتران التابع الحديث ص٥ فى الآخر؛؛ مازو فى المسئولية ج١ طبعة ٣ بند ٩٣٤ ؛؛ إلى ٩٣٨، برتران التابع الحديث ص ٢١٩ ؛؛ راجع نظرية شيرونى كما لخصها ديموج ج٥ بند ٨٨٣. وقارن فى انتقاد الفكرة نلور — العلاقة بين المتبوع والتابع ص ٤٩؛؛.

فإذا افترض القانون مسئولية التابع بناء على خطأ فى الحراسة فمن حق المجنى عليه أن يعتبر هذه القرينة موجهة أيضاً ضد السيد[1] ، بمعنى أن المجنى عليه له أن يحتج على السيد بالقرينة التى وضعها القانون ضد التابع وهو حل عادل ، ففضلا عما فيه من ضمان للمجنى عليه[2] هو غير مجحف بالسيد ، إذ يجب ألا يغرب عن البال أن مسئولية السيد قاصرة على مايصدر من التابع قياماً بأعباء الوظيفة التى أناطها به .

ولو أن السيد هو الذى استعمل الشىء بنفسه لما كانت ثمة حاجة لإثبات الخطأ عليه فكيف يتغير الوضع لو أن السيد اعتمد فى القيام بالعمل على تابع له ، وكيف يضار المجنى عليه من أن السيد اعتمد فى القيام بالعمل على أحد تابعيه .

وأخيراً فإنه يؤخذ على حكم النقض أنه فرق فى مسئولية السيد بين ما إذا كانت مسئولية التابع مبنية على خطأ ثابت أو خطأ مفروض وهى تفرقة ليس ثمة ما يبررها إذ فى كلتا الحالتين هناك خطأ من التابع فلامعنى للقول بوجوب مسئولية السيد تارة ورفضها تارة أخرى[3] .

والقاعدة التى وضعناها يجب أن تعم بحيث تشمل مسئولية السيد جميع الأحوال التى تجب فيها مسئولية التابع سواء عن خطأ ثابت أو عن خطأ فى الحراسة أو عن خطأ من الغير[4] .

---

(١) مازو فى المسئولية جـ١ طبعة ٣ بند ٨٦٧ وفى سيرى ١٩٣٧ـ١ـ١٣٨ عمود أول.

(٢) وهو ما يتفق مع غرض الشارع (تقرير جوسران فى دالوز ١٩٣٧ـ١ـ١٠ عمود أول) ومع الاتجاه العام فى الفقه والقضاء إلى توفير أكبر ضمان للمجنى عليه للحصول على حقه فى التعويض (سافاتييه فى دالوز الأسبوعى ١٩٣١ ص ٩ تحت عنوان Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels ، لوسيان أولانيون ـ مقدمة لكتاب أدمون برتران فى التابع الحديث ص ١؟؟

(٣) جوسران ـ شرح القانون المدنى طبعة ٣ جـ٢ بند ٥١٢ مكرر، ديموج جـ٥ بند ٩٣٦ ص ١٤١ ، مازو فى سيرى ١٩٣٧ـ١ـ١٣٨ عمود أول ، مازو فى المسئولية بند ٩١٨ و ١٠٩٩ و ٨٦٧ و ٩٢٧ ص ٩٣٢ ، تقرير جوسران فى دالوز ١٩٣٧ـ١ـ١٠ ، محكمة السين ١٨٨٤/١/٢٢ جازيت باليه ١٨٨٧ـ١ـ ملحق ٢٤ .

(٤) ديموج جـ٥ بند ٨٩٢ الفقرة الأولى وبند ٩٣٦ ، مازو فى سيرى ١٩٣٧ـ١ـ١٣٨ =

ولـكن هل يمكن أن يعتبر التابع حارسا لشيء سلمه اليه السيد وهل يمكن من جهة أخرى أن يكون سيدا لغيره ؟

زعم سافاتييه أن صفة الحارس والتابع صفتان متنافرتان . فالحارس يجب أن يكون له الاستقلال التام فى استعمال الشيء[1] بينما التابع هو من يستعمل الشيء لصالح سيده محملا إياه تبعة أخطاره ومن ثم يكون السيد هو الحارس حتما[2] أما التابع فلا تـكون له الحراسة إلا حيث يتخلى له السيد عن الحق فى إصدار الأوامر إليه أو بعبارة أخرى حيث يتخلص من صفة التبعية[3].

فهل يمكن أن يؤخذ هذا القول على علاته ؟

= عمود أول وفى كتابه المسئولية ج ١ بند ٧٩٠ و٩١٨ ، عرائض ١٩٢٧/١/١٢ دالوز ١٩٢٧—١—١٤٥ . عكس سافاتييه فى دالوز ١٩٢٧—١—١٤٦ الفقـرة الأخيرة من العمود الثانى .

(١) بسون — فـكرة الحراسة فى المسئولية الناتجة عن الأشياء رسـالة سـنة ١٩٢٧ ص٣٣ إلى ٣٧ و٩٠ خاصة ص٩٣ .

(٢) سافاتييه دالوز ١٩٣٧—١—٦ العمود الثانى الفقرة الأخيرة ، نلور فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٥ ص ٣٧٩ راجع ص ٤٠١ حيث يقول .

On ne peut être commettant sans être gardien puisqu'on a par hypothése une autorité complète permettant de fixer au préposé le but à atteindre comme les moyens d'y parvenir. — عرائض ١٩٢٤/١١/٢٥ — دالوز ١٩٢٥—١—١٢ ، نقض ١٩٢٩/٢/٢٧ سيرى ١٩٢٩—١—٢٩٧ وتعليق هوجينى ص٢٩٨ § ٢ ، ودالوز ١٩٢٩—١—١٢٩ وتعليق ريبير وجهة نظر الطاعن فى نقض ١٩٣٦/١٢/٣٠ دالوز ١٩٣٧—١—٥ راجع تقرير جوسران س ٩ عمود ٢ ، قرب نقض ٢ مايو سنة ١٩١١ دالوز ١٩١١—١—٣٦٧ ، عرائض ١٠ نوفبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٥—١—٤٩ وتعليق سافاتييه ص ٥٠ العمود الثانى ب أولا .

قارن مع ذلك نقض ١٩٢٧/١/١٢ دالوز ١٩٢٧—١—١٤٥ .

(٣) سافاتييه فى دالوز ١٩٣٧—١—٦ العمود الأول الفقرة الأخيرة . ولذلك فهو يقول فى العمود الأول الفقرة ٣ ص ٦ من نفس المرجع :

Ainsi la construction d'une responsabilité du fait d'autrui pesant sur le commettant du gardien de la chose dommageable se rosout finalement en un jeu de l'esprit construit sur une hypothèse irréalisable. L'architecture en est impeccable mais elle n'a pas de rapport avec le monde des réalités.

الواقع أنه إذا كان الأصل أن المالك إذا سلم التابع شيئا فإنه يستبقى مع ذلك حراسته وهو ما قضت به المحاكم باضطراد[١]، فإنه لا نزاع فى أن المالك إذا تخلى للتابع عن السلطة فى استعمال الشىء فإنه يتخلى بذلك عن حراسته[٢] دون أن يترتب على ذلك أن يفقد التابع صفته[٣].

ومن جهة أخرى فإنه لا معنى للقول بأن التابع لا يجوز أن يكون سيداً لغيره ما دام أنه يستخدم ذلك الغير فى أداء فعل مكلف هو أصلا بالقيام به[٤].

ولا يفوتنا أن نشير إلى أن الرأى الذى نقول به يثير صعوبة دقيقة فى رجوع

---

(١) بيسون فكرة الحراسة فى المسئولية الناتجة عن الأشياء رسالة سنة ١٩٢٧ ص ٩٧ ؟؟ مازو ج ٢ طبعة ٣ بند ١١٧٥ ، نقض ١٩٢٩/٢/٢٧ سيرى ١٩٢٩ــ١ــ٢٩٧ وتعليق هوجينى ص ٢٩٨ § ٢ عمود ثانى وثالث ودالوز ١٩٢٩ــ١ــ١٢٩ وتعليق ريبير ، نقض ١٩٣٠/٥/١ دالوز ١٩٣٠ــ١ــ١٣٧ ، نقض ١٩٣٠/٧/٢٣ دالوز الأسبوعى ١٩٣٠ ــ٥٢٣ وسيرى ١٩٣٢ــ١ــ١٦١ تعليق هوجينى § ١ عمود أول ، بلانيول واسمان ج ٦ بند ٦١٤ ، سافاتييه فى دالوز ١٩٢٧ــ١ــ١٤٦ العمود الثانى .

(٢) وجهة نظر الدفاع فى قضية النقض ١٩٣٦/١٢/٣٠ دالوز ١٩٣٧ــ١ــ٥ راجع تقرير جوسران ص ١٠ عمود أول ، مازو طبعة ٣ فى المسئولية بند ٨٦٧ و١١٧٥ ، وقرب بند ١١٠١ وفى سيرى ١٩٣٧ــ١ــ١٣٧ العمود الثانى ، لالو طبعة ٢ بند ١٢٢٧ ص ٥٧٠، عرائض ١٩٢٧/١/١٢ دالوز ١٩٢٧ــ١ــ١٤٥ .

(٣) تقرير جوسران ١٩٣٧ــ١ــ١٠ الفقرة السابقة على الأخيرة من العمود الأول ، عرائض ١٩٢٧/١/١٢ دالوز ١٩٢٧ــ١ــ١٤٥ ، جوسران شرح القانون المدنى ج ٢ طبعة ٣ بند ٥١٢ مكرر ، مازو ج ١ طبعة ٣ بند ٨٦٧ و ج ٢ بند ١١٧٥ ، جان لو فى دالوز ١٩٣٠ــ٢ــ٩٩ العمود الثانى الفقرة الأخيرة الجملة الأخيرة .

عكس سافاتييه فى دالوز ١٩٣٧ــ١ــ٦ عمود أول الفقرة الأخيرة وفى دالوز ١٩٢٧ــ١ ــ١٤٦ عمود ٢ .

قارن بيسون فى دالوز ١٩٢٨ــ٢ــ١٥ العمود الثانى والفقرة الأولى من العمود الأول ص ١٦ .

(٤) مازو ج ١ بند ٨٩٠ فى الآخر ، ديموج ج ٥ بند ٨٩٢ ، لالو طبعة ٢ بند ١٠٣٧ .

عكس سافاتييه فى دالوز ١٩٢٧ــ١ــ١٤٦ الفقرة الأخيرة من العمود الثانى .

قارن زنجهر — مسئولية السيد المدنية رسالة باريس ١٩٢٣ ص ٥٩ ، وفلور فى العلاقات بين المتبوع والتابع ص ١١٩ ؟؟ .

السيد على تابعه ذلك أنه فى الأحوال العادية يتحتم على المجنى عليه إثبات خطأ التابع وهذا الخطأ الثابت يصلح أساساً لرجوع السيد على تابعه . ولكن فى حالتنا السيد يسأل دون أن يكلف المجنى عليه بإثبات خطأ من التابع فهل يحمل هو بهذا العبء الذى لم يكلف به المجنى عليه أم هل يكون له أن يستند على نفس القرينة التى استند إليها المجنى عليه .

يبدو لنا أن الحل الذى يوجبه المنطق وتفرضه المبادىء التى قررها القضاء باضطراد هو أن يكون للمجنى عليه وحده الاستناد إلى القرائن التى وضعها القانون لصالحه فحسب ومن ثم فلا يعفى السيد من إثبات خطأ التابع إن أراد الرجوع عليه[1] .

لا شك أن هذا الحل قد يثير الجدل إذ يبدو أنه يحمل السيد بقرينة لم تفرض عليه ، ولكن يجب ألا يغرب عن البال أن التابع فى أدائه لوظيفته هو امتداد لشخصية السيد فالقرائن التى تقع عليه تعتبر موجهة أيضاً ضد السيد .

أحكام المسئولية فى حالة المستشفيات العامة :

قبل أن نتعرض لتحديد أحكام المسئولية فى حالة اشتغال الطبيب بأحد المستشفيات العامة نبادر إلى القول بأن المستشفى العام لا يكون مسئولا بذاته إلا إذا كانت له شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة أو بعبارة أخرى إذا كان معتبراً مؤسسة عامة وهو لا يكون كذلك إلا إذا اعترف له بالشخصية المعنوية بقانون أو بمرسوم أو ظهرت هذه الشخصية على الأقل من نصوص القوانين والمراسيم واللوائح الإدارية الخاصة به[2] .

---

(١) مازو طبعة ٣ ج ١ بند ٩٢٧ ص ٩٣٢ ، وفى نفس المعنى عند ما تكون مسئولية التابع مفترضة بوصفه حارساً محكمة جينجامب ٥/٢/١٩٣٦ جازيت باليه ١٩٣٦-١-٨٩٨ ، مازو فى سيرى ١٩٣٧-١-١٣٨ عمود ثانى ، وفى مبدأ أن المجنى عليه وحده له أن يحتج بالقرينة التى وضعت لصالحه راجع بخصوص المسئولية عن الغير مازو بند ٢/٧٢٨ ، وعن الأشياء بند ٨٦٧ و ٢/١٠١٧ .

(٢) وهو الاعتراف الضمنى .

فإذا لم تكن للمستشفى شخصية معنوية مستقلة وجب أن نبحث عن الشخص المعنوى العام الذى يتبع له فيكون هو المسئول إذا كان ثمة مسئولية عن فعل الأطباء الذين يعملون بالمستشفى، والأمر فى ذلك مرجعه إلى القوانين واللوائح [١] فأحياناً يكون المستشفى تابعاً للدولة وأحياناً يكون تابعاً لإحدى الشخصيات الإقليمية أو المؤسسات العامة.

ومتى عرفنا الشخص المعنوى العام الذى يسأل عن الأطباء الذين يعملون بالمستشفى وجب علينا أن نبحث فى طبيعة مسئوليته وهل هى مسئولية عقدية أو تقصيرية، والأمر فى ذلك مرجعه إلى تحديد العلاقة بين المرضى والدولة أو الشخص المعنوى العام القائم بإدارة المستشفى.

يميل الشراح عموماً و بنوع خاص فقهاء القانون المدنى إلى التمسك بأهداب الأنظمة الرومانية القديمة ليدخلوا فى حدودها جميع المراكز القانونية. وهذه الرغبة فى ذاتها مشروعة فهى تسعى إلى إيجاد التماسك فى النظام القانونى ولكن الغاية المنشودة منها لا يمكن أن تتحقق إلا إذا كانت الأنظمة الرومانية من المرونة بحيث يمكن أن تنطوى تحتها كل المراكز التى أوجدتها الحياة العصرية و إلا انتهينا إلى مشاكل يتعذر حلها أو إلى حلول يستحيل قبولها لأنها تتنافى والعدالة وتصطدم والمصلحة العامة فلا غرو أن نادى ليفى إيلمان باستبقاء فكرة العقد فى دائرة القانون الخاص [٢].

ومع ذلك فإن فقهاء القانون المدنى يزعمون أنه من الممكن إدخال جميع التصرفات وكل المراكز فى الحدود التى رسمها الرومان منذ عشرين قرناً، فلما أرادوا تكييف علاقة المستفيد من المرافق العامة بالدولة لجأوا إلى نظرية العقد [٣] تلك

---

(١) سافاتييه فى المسئولية جـ١ بند ٢١٠.
وقد لا يخلو الأمر من شىء من الصعوبة فمستشفى القصر العينى مثلا بعد أن كان تابعاً لوزارة الصحة ضم للجامعة ثم أعيد فى ميزانية ١٩٤٤–١٩٤٥ إلى وزارة الصحة مرة أخرى.

(٢) ليفى إيلمان مذكور فى السنهورى – نظرية العقد ص ٨١ هامش ٢.

(٣) ديموج – جـ١ بند ٢٣ مكرر Geny Des droits sur les lettres missives 1911 T. I. No.29 P.52 ets, وفى استعراض النظرية Christian Chavanon. Essai sur la notion et le régime juridique du service publique industriel ou commercial P265 ets. Ch. Blaevoet N.D , 1935. I 33 ets. v.p. 36 جيز فى المبادىء العامة فى القانون الادارى طبعه ٣ (فى سير المصالح العمومية) ص ٤٤١١.

النظرية التى وضعت أصلا لتحكم علاقات الأفراد بعضهم ببعض لا لتنظم علاقة الأفراد بالسلطة العامة (١) .

ولو أننا سرنا مع منطقهم إلى النهاية لقلنا إن علاقة المريض بالمستشفى هى علاقة تعاقدية .

لا شك أن ليس هناك تكافؤ بين إرادة المتعاقدين ولا شك أيضاً أن المريض يذعن لنظام المستشفى ، ولكن هذا لا يمنع فى نظرهم من وجود علاقة تعاقدية ناشئة عن عقد إذعان (٢) .

على أن هذا الرأى يبدو فى نظرنا خاطئاً فبغض النظر عن الانتقادات التى وجهها إليه دوجى وأنصاره ، تلك الانتقادات المبنية على إنكار صفة العقد على ما اصطلح على تسميته بعقد الإذعان (٣) فإننا نرى أن تحليلا دقيقاً للمركز القانونى للمريض فى المستشفى ينأى بنا عن اعتبار علاقته بالمستشفى علاقة تعاقدية .

فالمستشفيات العامة هى مصالح عمومية يجرى العمل فيها طبقاً للقوانين واللوائح التى تنطبق ليس فقط على القائمين بأمرها بل على المرضى الذين يعالجون فيها فهؤلاء جميعاً فى مركز قانونى تحدده قوانين المصلحة .

---

(١) Léon Duguit. Mélanges Hauriou 1929. De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public P. 253 et s.

(٢) قرب جينى — المرجع السابق ص٥٤ ؛؛ بند ٢٩ ، فيرون فى سيرى ١٩١١—٢—٢٣٤ الفقرة الثالثة من العمود الأول ، وراجع فى تحليل فكرة عقد الأذعان ، ديرو عقود الاذعان فى المجلة الفصلية سنة ١٩١٠ ص٥٠٣ ؛؛ بوكار فى سيرى ١٩١١—١—٥٢١ الفقرة الأخيرة من العمود الثانى وما بعدها .

(٣) دوجى — التطورات العامة فى القانون الخاص طبعة ١٩١٢ ص١٢٣ ؛؛ هوريو فى سيرى ١٩٠٨—٣—١٧ أنظر ص ١٨ العمود الثالث وما بعده من ص ١٩ ، بونار — الموجز فى القانون الإدارى طبعة ٣ ص٩٤ ، كريستيان شاتانون — المرجع السابق ص٢٦٦ ، جيز فى المبادىء العامة فى القانون الإدارى طبعة ٣ (فى سير المصالح العمومية) ص ١٣ ، ونحن لا نميل إلى الأخذ بهذا الانتقاد — راجع فى الرد عليه ؛ بلانيول فى دالوز ١٩٣٥—١—٣٦ عموداً ول، ديرو الطبيعة القانونية لعقود الإذعان المجلة الفصلية ١٩١٠ ص٥١٠ ؛؛ و ص ٥٢٦ ، جينى — المرجع السابق ص٥٤ بند ٢٩ .

وإذا لم يكن هناك شك فى أن علاقة الموظفين بالدولة هى علاقة قانونيـة فالحال يجب أن يكون بالمثل بالنسبة للمستفيدين من المرافق العامة فهم أيضاً فى مركز لائحى بعيد عن أن يكون تعاقديا[1]، ذلك أن حقوق المستفيدين والتزاماتهم ليست ناشئة عن اتفاقات ذاتية تتم بينهم وبين الدولة بل هى مستمدة مباشرة من قواعد قانونية عامة التطبيق أوجدتها اللوائح والقوانين المنظمة للمصلحة[2].

= قارن سالى فى الإعلان عن الإرادة طبعة ١٩٠١ ص ٢٢٩ بند ٨٩ ؛؛ .

(١) كريستيان شافانون المرجع السابق ص ٢٧١ ، دوجى مركز الأفراد بالنسبة للمصالح العمومية — مجلة القانون العام ص ٤١١ ؛؛ خاصة ص ٤٢٠ و ٤٣٩ ، هوريو فى سيرى ١٩٠٧ — ٣ — ٣٣ تعليقاً على حكمى مجلس الدولة فى ٢١/١٢/١٩٠٦ و ٣/٢/١٩٠٥ أنظر ص ٣٦ الفقرة الأخيرة وما بعدها من ص ٣٧ ، دوجى فى Mélanges Hauriou طبعة ١٩٢٩ — المرجع السابق ص ٢٥٧ و ٢٥٨ ، بونار — الموجز فى القانون الإدارى ٣ ص ٩٣ ، جيز فى المبادىء العامة فى القانون الإدارى طبعة ٣ (فى سير المصالح العمومية) ص ١٥ و ١٦ وبالنسبة للمساعدة الطبية المجانية على وجه الخصوص ص ٣٦ ؛؛ ديفلو — المرجع السابق ص ٤٩ .

قارن — هوريو موجز القانون الإدارى والقانون العام طبعة ١٢ ص ١٣٧ ؛؛ خاصة ص ١٣٩ وهو يقرر أن المستفيد فى مركز لائحى وإن انطوى على بعض العناصر التعاقدية ، ديليفو فى دالوز ١٩٣٥ — ١ — ٣٦ العمود الثانى .

(٢) شافانون — المرجع السابق ص ٢٦٧ ، هوريو فى سيرى ١٩٠٨ — ٣ — ١٨ العمود الثالث ومابعدها ص ١٩ ، Duguit. Mélanges Hauriou op. cit. P 258 ، بونار — الموجز فى القانون الإدارى طبعة ٣ ص ٩٣ وهو يقرر أن اعتبار المستفيد فى مركز لائحى نتيجة طبيعية لمبدأ مساواة الجميع أمام القانون تلك المساواة التى ما كانت لتتحقق بين المستفيدين لو لم يكن مركزهم محدداً بقواعد قانونية عامة .

ويصل دوجى إلى نفس النتيجة (مركز الأفراد بالنسبة للخدمات العامة مجلة القانون العام سنة ١٩٠٧ ص ٤١١ ؛؛ خاصة ص ٤١٥ و ٤١٨) بإعمال المشاهدة وتحليل الواقع فيقول إن الدول قامت على أساس التفرقة بين الحاكمين والمحكومين تلك التفرقة التى توجب على الأولين أداء بعض خدمات للآخرين . وهذا الواجب عام دائم فالدولة تؤديه للجمهور بغير تمييز بين فرد وآخر وهو لا ينقضى بأداء الخدمة مرة أو عدة مرات .

ولكن العمومية والاستمرار هما اللذان يميزان القاعدة القانونية وهكذا فإن المشاهدة تدل وحدها ليس فقط على أن الحاكمين عليهم فى كل وقت أداء بعض الخدمات للمحكومين بل إن هـذا الالتزام مصدره قاعدة قانونية مفروضة عليهم ، وما دام التزام الحاكمين مصدره قاعدة قانونية فإن حق المحكومين فى الاستفادة من الخدمات العامة يكون مصدره قاعدة قانونية كذلك .

راجع أيضاً جيز — المبادىء العامة فى القانون الإدارى طبعة ٣ سير المصالح العمومية ص ١٣ و ١٥ .

حقاً إن المستفيد من المرفق العـام يعرب عن إرادته فى الاستفادة من هذا المرفق ولـكن عمله هذا لا يمكن وصفه بأنه من قبيل التعاقد ، بل هو تصرف أطلق عليه دوجى اسم التصرف الذى يقوم مقام الشرط [١] ونحن إذ ننكر صفة العقد على هذا التصرف لانأخذ بما قال به دوجى من أن العقد يفترض حتما حرية فى مناقشة شروطه والالتزامات التى يتضمنها و إنمـا ننكر عليه صفة العقد لأنه لاينطوى على العناصر اللازمة لوجوده .

وآية ذلك بالنسبة للمستشفيات أن الدولة يمكنها أن تغير من شروط الدخول فى المستشفى وطريقة تنظيمها وكيفية العمل بها دون أن يحتج عليها بحق مكتسب لأحد المرضى [٢] ، وهذا الوضع ، وهو مسلم به من جميع الشراح [٣] وتقره المحاكم بالنسبة للمصالح العمومية بوجه عام حرصاً على حسن سير هذه المصالح [٤] ، لايمكن تفسيره إن نحن أخذنا بالنظرية العقدية و إلا فكيف يستطيع أحد طرفى العقد أن

---

(١) Acte condition راجع فى استعمال نفس التعبير ، بونار — الموجز فى القانون الادارى طبعة ٣ ص ٩٣ ، وجيز طبعة ٣ المبادىء العامة فى القانون الادراى — سير المصالح العمومية ص ١٦ فى الآخر وص ١٧ .

(٢) مثلا يمكن نقل مريض من حجرة إلى أخرى غير التى دخل فيها إذا اقتضى العمل بالمستشفى ذلك .

(٣) شافانون — المرجع السابق ص ٢٧٥؟؟ قرب بونار — ملخص القانون الادارى طبعة ٣ ص ٩٤ و ٩٥، ودوجى فى مجموعة المحاضرات التى ألقيت تخليداً لذكرى هوريو Mélanges Hauriou المرجع السابق ص ٢٦١ و ٢٦٣ ، وحيدرآفت فى القانون الادارى طبعة ١٩٣٨ ص ٣٨١؟؟ .

(٤) الواقع أنه طبقاً للنظرية العقدية لايتصور أن تسرى التعديلات التى تدخلها المصلحة على من سبق أن تعاقد معها احتراما للعقد ، كما لا يمكن أن تسرى على غيرهم لأن فى ذلك إخلالا بمبدأ المساواة أمام الخدمات العامة . والنتيجة الحتمية لذلك أن التعديلات التى تدخلها المصلحة على نظامها لايمكن أن تسرى إلا بعد انتهاء أجل العقود التى أجرتها مع المستفيدين وفى ذلك إخلال بحسن سير المصلحة (شافانون — المرجع السابق ص ٢٧٦) .

حقاً قالت بعض المحاكم إن التعديلات تسرى على المستفيدين إذ يفترض أنهم بتعاقدهم مع المصلحة العامة قد قبلوا مقدماً كل التعديلات التى تدخلها على نظامها ولـكن لاروك قد انتقد بحق هذا التوسع غير المستساغ فى فهم إرادة المستفيد Laroque. Des usagers des services publics industriels P 172.

يغير من شروطه بغير رضاء الطرف الآخر ، وأين تـكون إذن القوة الملزمة للعقد .

ومن جهة أخرى ليس للمستشفى أن يرفض قبول أحـد المرضى لأن ذلك يتنافى مع مبـدأ هام يحكم جميع المصالح العمومية هو مبدأ المساواة أمام الخدمات العامة [١] ، وهذا الوضع بدوره لايمكن تفسيره بالنظرية العقدية إذ من المسلم به أن الشخص له الحرية فى أن يتعاقد أولا يتعاقد وهو غير مسئول اللهم إلا إذا أساء استعمال هذا الحق .

قد يقال إن إنشاء مصلحة عامة يتضمن فى ذاته إيجابا تعرضه الدولة على الـكافة ولـكن تطبيق فكرة الإيجاب الملزم لا تخلو من شىء من التصنع ، لأن التزام المستشفى مستمد فى الحقيقة من الغرض الذى يسعى إليه والقواعد المنظمة له ، فليس الالتزام مصدره إرادة المستشفى بل حالة لائحية قانونية اقترنت بإنشاء المصلحة ، وكل هـذا واضح ومفهوم إذا كان العلاج بالمستشفى يحصل مجانا ، ولـكن هل لا يتغير الوضع لو أن المريض كان يدفع أجراً أو بالأصح رسماً للمستشفى الذى يعالج فيه [٢] ؟

يجب ألا يقال ابتـداء أن الفرض مستحيل لأن المصالح العمومية تقدم خدماتها بالمجان ، ذلك أن المرافق العـامة و إن كانت تؤدى فى الأصل بالمجان إلا أن المجانية ليست من مستلزماتها [٣] .

و إذا كنا قد رأينا أن علاقة المريض بالمستشفى تعتبر علاقة قانونية إذا كان

---

(١) وحيد رأفت ــ القانون الإدارى ــ طبعة ١٩٣٨ ص ٣٠٥؟؟ .

(٢) قارن هذه الحالة بحالة استفادة الأفراد من الطرقات العـامة **Mélanges Hauriou** دوجى فى المرجع السابق ص ٢٥٩؟؟ .

(٣) القانون الإدارى للدكتور وحيد رأفت طبعة ١٩٣٨ ص ٢٧٨ و ٢٧٩ ، ولقد حاولت أقلام القضايا عندنا حمل المحاكم على العدول عن الأخذ بالنصوص المدنية فيما يتعلق بمسئولية الإدارة عن أعمال موظفيها ولـكن محاكمنا لم تأخذ بهذا الرأى بل رفضته (راجع فى استعراض هذه النظرية وانتقادها الدكتور وحيد رأفت فى رقابة القضاء لأعمال الدولة طبعة ٢ ص ٣٥؟؟ إلى ٣٩ وص ٥١٤؟؟) ولعل الوضع يكون قد تغير بعد إنشاء مجلس الدولة فإنه كما نعلم غير مقيد فى قضائه بهذه النصوص .

العلاج بالمجان فليس ثمة مايدعو إلى تغيير الوضع إذا كان العلاج بأجر ، ففى الحالتين المريض يخضع لنظام المستشفى الذى يحدد حقوقه والتزاماته وليس فى دفعه للأجر مايبرر تغيير مركزه قانونا [١] .

وما دمنا قد انتهينا إلى اعتبار علاقة المريض بالمستشفى العام علاقة قانونيه فإن ذلك يقتضى حتما أن تعتبر مسئولية الدولة تقصيرية [٢] . ولكن يبقى أن نعرف ما إذا كانت هذه المسئولية مسئولية مباشرة مبنية على المادة ١٥١ م أم مسئولية غير مباشرة مبنية على المادة ١٥٢ م .

الدولة بوصف كونها شخصا معنويا قد تكون مسئوليتها مباشرة كما قد تكون مسئوليتها غير مباشرة [٣] ، والعبرة فى ذلك بصفة الشخص الذى تسبب بخطئه فى حصول الضرر الذى تسأل عنه الدولة ، فإن كان عضوا لها كانت مسئوليتها مباشرة إذ الدولة لا تكتمل شخصيتها إلا به فهو الذى يعبر عن إرادتها و يزاول النشاط باسمها أما إذا كان تابعاً فقط فإن مسئولية الدولة تصبح خاضعة للمادة ١٥٢ م [٤] .

---

(١) قرب دوجى ــ المرجع السابق ص ٢٦٠ .

(٢) ديفلو ص ٤٩ المرجع السابق . ومع ذلك يميل البعض إلى استبعاد النصوص والقواعد المدنية كلية وإشادة نظرية مستقلة خاصة بمسئولية الإدارة مستمدة من القانون العام لا الخاص (بول دويز فى مسئولية السلطة العامة طبعة ١٩٢٧ ص ٩ ؛؛ . بلانيول وإسمان جـ ٦ بند ٧١٣).

(٣) مرافعة النيابة أمام محكمة استئناف بركسل فى ١٩٣٠/٥/٣ فى مجلة بلجيكا القضائية ١٩٣٠ عمود ٥٩٥ ، وراجع فى الإقرار بالمسئولية المباشرة للاشخاص المعنوية بوجه عام تعليق هاردوان فى دالوز ١٩٣٦ــ١ــ١١٣ الفقرة الأخيرة من العمود الأول ص ١١٤؛؛ وتعليق ليكوث فى سيرى ١٩٣٦ــ١ــ٣٣٩ § ١ ب ، مازو طبعة ٣ جـ ٢ بند ١٩٨٥ ص ٩٣٠ و ١٩٨٦ جـ ٣ بند ٢٠٠٨/٤ ص ٣٩ ، نقض مدنى ١٨٧٦/١١/٢٨ دالوز ٧٧ــ١ــ٦٥، نقض مدنى ١٨٩٢/٣/٢٢ دالوز ٩٢ــ١ــ٤٤٩ ، باريس ١٩٠١/٢/٥ دالوز ١٩٠١ــ٢ــ٤٢٧ ؛ عرائض ١٩٠٥/٥/٩ دالوز ١٩٠٨ــ١ــ٤٧٦ ، مونتبلييه ١٩٠٨/٢/٢٠ دالوز ١٩٠٩ــ٥ــ٧ ، ريوم ١٩٣١/١١/٣٠ دالوز ١٩٣٢ــ٢ــ٨١ وتعليق جان لو ، نقض ١٩٢١/٤/٩ ، دالوز ١٩٢٤ــ١ــ١٩٨ ، مونتبلييه ١٩٣٢/١١/٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٣ــ٩٣ ، باريس ١٩٣٨/١/٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ــ١٣٨.

(٤) ميشو فى الشخصية المعنوية ــ طبعة ٣ جـ ٢ بند ٢٨٨ و ٢٧٥ ، كتاب القانون الادارى للدكتور وحيد رأفت طبعه ١٩٣٨ ص ٦٠ و ٦١ .

قرب سافاتيه جـ ١ بند ٢٠٦ و ٢٠٧.

على أنه إذا كان قد حصل الخلاف فيمن يتمتع بصفة العضو عن الدولة فإنا نرجح اعتبار جميع الموظفين الداخلين فى السلك الدائم[1] أعضاء للدولة ؛ فكل فى حدود اختصاصه إنما يمثل وجهاً من أوجه النشاط التى تباشرها الدولة[2]

---

(١) من المسلم به الآن أن علاقة هؤلاء الموظفين بالدولة هى علاقة قانونية (ضمانات الموظفين فى التعيين والترقية للدكتور إسماعيل زكى — رسالة ص٣٥ ؛ و٤٦ و٤٧ ، وحيد رأفت فى القانون الإدارى طبعة ١٩٣٨ ص ٢٦٥ ، بيشوف الوظيفة العامة والعقد ص ٤٤ ؛ جبز المبادىء العامة فى القانون الادارى — سير المصالح العمومية طبعة ٣ ص ٤٢٣ إلى ٤٢٧ . والمراجع الأخرى السابق الاشارة إليها بخصوص هذا الموضوع) فهم يندمجون فى تكوين الدولة اندماجاً تفنى فيه شخصيتهم لتبرز فيه الشخصية المعنوية للدولة . فالدولة هى التى تقرر والدولة هى التى تعمل وما الموظف إلا العامل المعبر أو المنفذ لإرادتها . ولقد استبعدنا صفة العضو عن الموظفين الخارجين عن السلك الدائم لأن علاقتهم بالدولة هى علاقة تعاقدية وهذا يفترض حتماً أن تكون شخصية الدولة سابقة فى وجودها على تعاقدها مع هؤلاء الموظفين (قرب من رأينا مازو ج ٣ طبعة ٣ بند ٢٠٠٥ ص ٩ الفقرة الثانية وبند ٢٠٠٨/٢ ص ٣٧ وبند ٢٠٠٨/٤ ص ٣٩) .

(٢) ويميل ميشو (نظرية الشخصية المعنوية ج ٢ طبعة ٣ بند ١٨٩) إلى قصر لفظ العضو على الموظفين الذين لهم حق البت وإصدار القرارات الفاصلة والذين يباشرون باسم الدولة أعمال السيادة أو الذين يمثلونها فى الحياة المدنية على وجه معتاد أما باقى الموظفين فهم أعوان هؤلاء ولكنهم لا يتمتعون بصفة العضو بل لا يزيد مركزهم على كونهم تابعين للدولة .

وفى هذا يقول (ص ٤٧ من نفس البند) بعد أن أبان أن للتفرقة بين العضو والتابع أهميتها ، خاصة من حيث المسئولية :

Les organes de l'état sont seulement les agents ou conseils ayant un pouvoir de décision; les autorités qui exercent en son nom le droit de souveraineté, ou qui peuvent la représenter dans la vie civile de façon habituelle: ce sont les Chambres, les autorités judiciaires et les autorités administratives. Les fonctionnaires sans pouvoir propre (employés des bureaux, agents innombrables des diverses administrations techniques) ne sont que des préposés.

ونحن نرى — مع احترامنا لميشو — أن القيد الذى وضعه لا يخلو من التحكم فنشاط الدولة ليس قاصراً على أعمال السيادة ولا محدوداً بالأعمال القانونية بل هى تباشر أوجهاً مختلفة للنشاط وتحتاج فيها جميعاً إلى إرادة تمثلها وتبرز وجودها وهذه الإرادة لا يمكن إلا أن تكون مشتقة من موظفيها ، لا فرق فى ذلك بين أن يكون الموظف كبيراً أم صغيراً رئيساً أم مرؤوساً فإن ميشو نفسه يسلم بأنه قد توجد بين الأعضاء المتعددين لشخص معنوى واحد علاقة خضوع من جانب البعض ورياسة من جانب البعض الآخر بل إنه من الضرورى فى حالة تعدد الأعضاء أن =

وهم جميعاً يظهرون كجزء متمم لنظامها . وبتطبيق هذه الفكرة يتضح أن مسئولية الدولة عن خطأ الأطباء الداخلين فى السلك الدائم هى مسئولية مباشرة[1] ، طالما

= يوجد بينها عضو أعلى يناط به توحيد المظاهر الارادية للأعضاء إذا تعارضت، وفى هذه الحالة يكون للأعضاء السفلى نفس القوة التى للأعضاء العليا فى التعبير عن إرادة الشخص المعنوى سواء بسواء غير أن القرار الذى تتخذه لا تكون له الصفة النهائية إذ هو جائز التعديل أو الالغاء من جانب عضو أعلى والشخص المعنوى هنا إنما يفعل ما يفعله الشخص الطبيعى . فكما أن لهذا الحق بعد أن يتخذ قراراً فى شأن معين أن يرجع عنه أو يعدل فيه كذلك للشخص المعنوى أن يجعل لأحد أعضائه أن يرجع عن قرار اتخذه عضو أدنى أو يعدل فيه والفارق الوحيد بين الحالتين هو أن عملية المراجعة هذه لا تكون ظاهرة فى حالة الشخص الآدمى لحصولها فى وجدانه أما فى حالة الشخص المعنوى فهى ظاهرة ملموسة ومراحلها واضحة مرسومة (ميشو — المرجع السابق ج ١ بند ٦٤ مكرر ص ١٤٨ و ١٤٩) .

أما هوريو (الموجز فى القانون الادارى والقانون العام طبعة ١٢ ص ٩٩ — طبعة ١١ ص ٧٠) فقد قصر صفة العضو على مصالح الدولة Agences ذاتها لا على الأشخاص القائمين بأمر هذه المصالح ولكنه لم يلبث أن قرر أن هناك اندماجاً بين الموظف والسلطة التى يعمل باسمها ، وهذا الارتباط الوثيق يؤدى حتماً إلى اعتبار إرادته إرادة للدولة وهو بهذا ينتهى إلى النظرية التى رجحناها دون أن نرى لزاماً لتأييدها أن نلجأ إلى هذا الطريق الملتوى بل رجعنا إلى الواقع، فالدولة بوصفها شخصية معنوية تمثل مصالح مختلفة يجب أن تجد الإرادة التى تعبر عنها وهذه الإرادة لا يمكن أن تستمد إلا من أشخاص آدميين هم ضرورة الموظفون الذين يقومون باسم الدولة بأوجه النشاط التى تباشرها (راجع تأييداً لما نقول هوريو نفسه ص ٣١١ طبعة ١١ من المرجع السابق حيث عبر عن الموظفين بأنهم أعضاء للدولة كشخص معنوى) .

(١) راجع فى أن الموظف بوصفه عضواً للدولة لايمكن اعتباره تابعاً لها ومن ثم لا تنطبق عليه المادة ١٣٨٤ . هوريو فى سيرى ١٩٢٤ — ٣ — ٤٩ العمود الثانى وما بعده ، وفى المرجع السابق طبعة ١١ ص ٣١١ و ٣١٢ ، مازو ج ٣ طبعة ٣ بند ٢٠٠٨/٢ ، دفاع قومسير الحكومة بلوم فى قضية ليمونييه أمام مجلس الدولة فى سيرى ١٩١٩/١٨ — ٣ — ٤٤ عمود ٣ نقرة أولى ، سافاتييه فى كتابه فى المسئولية بند ٢٩٤ ، عكس ديمولومب ج ٣١ بند ٦٣٢ ، ولوران ج ٢٠ بند ٥٩١ ؟؟ سوردا طبعة ٥ ج ٢ بند ١٣٠٢ و ١٣٠٧ ، بلانيول طبعة ١١ ج ٢ بند ٩١١ مكرر ص ٣٣٩ ، ومصطفى بك مرعى فى المسئولية طبعة ٢ بند ٢١٤ و ٢١٥ ، سم ١٨٩٧/٦/١٦ مجموعة التشريع والقضاء سنة ٩ — ٣٩٣ ، سم ١٩١٩/٤/٣٠ مجموعة التشريع والقضاء سنة ٣١ — ٢٧٨ ، سم ١٩١٧/٤/١٨ مجموعة التشريع والقضاء سنة ٢٩ — ٣٧٨ ، سم ١٩٢٥/١/٣ مجموعة التشريع والقضاء سنة ٣٧ — ١٣٤ ، نقض أهلى ١٩٢٥/٢/٢ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٧ ص ٤٢ ، و ١٩٣٠/٣/٢٧ مجموعة ناصر حكم رقم ٥٤٥٢ ، س أسيوط ١٩٢٧/٦/٢ محاماه ٨ رقم ٢٧٠ ص ٥٠ ، نقض ١٠/٤/ سنة ١٩٣٣ محاماة سنة ١٤ ص ٤ رقم ٣ .
=

أن خطأهم قد حصل فى الدائرة التى يقومون فيها بالعمل باسم الدولة إذ فى حدود هذه الدائرة يعتبر نشاط الطبيب نشاطا للدولة فتختفى شخصيــة الطبيب وتبرز شخصية الدولة ومن ثم تمحى مسئوليته وتــكون الدولة وحدها هى المسئولة [1].

= قارن مع ذلك سم ١٨٩١/٤/١٦ مجموعة التشريع والقضاء سنة ٣ ص ٣٠٩ ، وسم ١/٢٧ سنة ١٩٠٤ مجموعة التشريع والقضاء سنة ١٦ ص ٩٦ .

(١) P. Cot. La responsabilité civile des fonctionnaires publics 1922 P275.

والرأى الذى انتهينــا إليه يتفق مع مايتجه إليه نقه القانون المقــارن ، فقديماً كان الموظف وحده هو المسئول عما يتسبب عن نشاطه من ضرر للأفراد ، ذلك أن فـكرة الدولة كانت تختفى خلف شخصية الموظفين الحقيقية فالموظف هو العنصر البارز فإذا ما أصاب الأفراد ضرر بسبب سير مصلحة من المصالح العمومية كان للمجنى عليه أن يرجع لا على المصلحة ذاتها أو الدولة، ذلك الشخص الاعتبارى غير الملموس أو المحسوس ، بل على الموظف شخصياً . ولــكن لم تلبث فـكرة الدولة أن تحددت فاتجه الرأى إلى مساءلة الخزانة عن الأضرار التى تنجم عن سير المصالح العمومية . حقاً إن مسئولية الدولة كانت فى أول الأمر مسئولية غير مباشرة إذ كان الموظف هو المسئول الأول أما مسئولية الدولة فلم تــكن تأتى إلا فى المرتبة الثانية ولــكن أغلب الدول تتجه الآن إلى اعتبار مسئولية الدولة مسئولية مباشرة فبعد أن كان ينظر إلى الموظف باعتباره تابعاً للدولة أصبح ينظر إليه كعضو لها يعبر عن إرادتها ويباشر النشاط باسمها . هذا التطور الذى خضعت له أغلب الدول إما عن طريق التشريع (كالمانيا والنمسا وفنلندا والنرويج والسويد وتشيكوسلوفاكيا ويوجوسلافيا) أو عن طريق القضاء (كفرنسا وبلجيكا) قد أوجبته الأفــكار الديمقراطية واتساع نشاط الدولة اتساعا اقترن حتما بازدياد احتمال إحداث الضرر للأفراد (راجع فى ذلك تقرير لويس تروتابا المقدم للمؤتمر الدولى للقانون المقارن بلاهاى فى ٣٠ أغسطس سنة ١٩٣٢ ومنشور فى مجلة القانون العام سنة ١٩٣٢ ص ٦٧٩ ؟؟ راجع ص ٦٧٩ إلى ص ٦٨٢ ، ومرافعة النيابة أمام محكمة استئناف بروكسل فى ١٩٣٠/٥/٣ بلجيكا القضائية سنة ١٩٣٠ عمود ٥٩٥ ، ودفاع بلوم — قوميسير الحكومة فى سيرى ١٩١٩/١٨ — ٣ — ٤٤ العمود الأول الفقرة الثانية ؟؟ إلى نهاية الفقرة الأولى عمود ٣ ؟؟ هوريو الموجز فى القانون الإدارى والقانون العام طبعة ١١ ص ٣١٤ ؟؟

وراجع أيضاً فى تطور نظرية مسئولية الدولة ـ مسئولية السلطة العامة لبول دويز طبعة ١٩٢٧ ص ١ ؟؟

ويؤيد تروتابا فى تقريره المشار إليه (ص ٦٩١ من المرجع السابق) اعتبار مسئولية الدولة مسئولية مباشرة بقوله :

Du point de vue théorique la responsabilité directe est seule conforme à la notion d'organe qu' implique la personne morale de l'Etat et semble-t-il à la nature des liens qui unissent le fonctionnaire public à l'Etat. Aussi faut-il se réjouir de voir que la plupart des Etats ont admis la responsabilité directe soit par une simple construction jurisprudencielle =

وهذا الحل يتفق مع قضاء المحاكم الإدارية فى فرنسا فإنها لم تر التفرقة فى مسئولية المستشفى بين ما إذا كان خطأ الطبيب فنياً أم غير فنى ولا بين ما إذا كانت رابطة التبعيـة متوافرة أم لا إذ اعتبرت مسئولية المستشفى فى هذه الحالة مسئولية مباشرة .

من ذلك أن مجلس الدولة فى حكمين صدرا فى ١٩٣٥/١١/٨ [1] قرر أن مسئولية الإدارة تنشأ عن أى خطأ من المشرفين على إدارة المستشفى وعن الخطأ الجسيم من القائمين بالعمل الطبى . وفى حكم آخر [2] قرر مجلس الدولة أن مسئولية

(France) soit par les dispositions précises de la loi (Allemagne, Autriche, Finlande, Italie, Pays-Bas, Suéde, Yougoslavie).

ولقد دافع Leperre وكيل النيابة عن وجهة النظر التى تنادى بها أمام محكمة استئناف بروكسل فى ٣ مايو سنة ١٩٣٠ (مجلة بلجيكا القضائية سنة ١٩٣٠ ص ٥٩٤ ؟؟) ولما كانت مرافعته خاصة بمسئولية الدولة عن فعل الأطباء الذين يعملون بالمستشفيات العامة فإنا نرى من المناسب أن نقتبس هنا بعض فقراتها ، قال : عمود ٥٩٥ ؟؟

« إن مسئولية الدولة قد تـكون مباشرة أو غير مباشرة فهى مباشرة كلما كانت مبنية على المواد ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من القانون المدنى وهى غير مباشرة إذا بنيت على المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى ... وإن الاتجاه العام فى أحكام محكمة النقض الأخيرة بخصوص مسئولية السلطات العامة ليتم على أنه إذا كان العمل الإدارى غير المشروع قد أتاه شخص من المشتركين بأية صفة فى التنظيم الحـكومى ويعملون قانوناً للصالح العام فإن الحـكومة تكون هى التى ارتكبت الخطأ فهناك استغراق لمسئولية العامل كأساس للمسئولية المباشرة للدولة (نقض ١٩٢٢/١٠/١٦ بلجيكا القضائية ١٩٢٢ عمود ٦٥٧ و ١٩٢٣/١٢/١٣ و ١٩٢٦/٢/٢٥ و ١٩٢٧/١/٢٧ فى البازيكريزى ١٩٢٤ـ١ـ٨٢ و ١٩٢٦ـ١ـ٢٦١ و ١٩٢٧ـ١ـ١٣٢) .

ولـكن مما لا يمكن إنكاره أن مهمة وزارة الدفاع الوطنى تشمل تنظيم هيئة للسهر على صحة الجنود وعلاجهم من المرض أو الجروح التى قد يصابون بها .

والأطباء العسكريون إذ يعالجون المرضى والجرحى من الجنود فى المستشفيات العسكرية إنما يستعملون جزءاً من السلطة العامة أنيطت بهم ومن ثم هم أعضاء الحـكومة فـكما جاء بحق فى الحـكم المطعون فيه « الفعل غير المشروع الذى ارتـكبوه أثناء مباشرتهم لمهنتهم يجب اعتباره فعل الدولة نفسها وبالتالى هو يوجب مسئوليتها مباشرة » .

ومما تجدر ملاحظته أن محكمة استئناف بروكسل متمشية مع الاتجاه الجديد فى أحكام النقض بخصوص مسئولية السلطة العامة قررت قبول الدعوى الموجهة ضد الدولة لأن الفعل الضار لو ثبت لـكان المرتـكب له عضواً للدولة يعمل باسمها فى حدود اختصاصه وهى من ثم تطبق المادة ١٣٨٢ (راجع تعليق جرولينتش ولالو فى المجلة القصلية سنة ١٩٣١ ص ٦٧٧ بند ٢٣ ص ٦٩٧).

(١) سيرى ١٩٣٦ـ٣ـ١٢٧ والتعليق .

(٢) ١٩٣٧/٣/١٢ سيرى ١٩٣٧ـ٣ـ٧٣ .

المستشفيات المدنية منوطة بحصول خطأ فى تنظيم المصلحة أو خطأ جسيم فى العلاج الجراحى الذى أجرى على المريض .

ولقد قرر مجلس ديوان المديرية بمرسيليا فى ١٩٣٦/١٢/١٨ [١] أن الدعوى قبل الشخص المعنوى العام القائم بإدارة المصلحة والمرفوعة أمام المحاكم الإدارية لايشترط للحكم فيها ثبوت الخطأ خلافا للمبادىء التى تطبقها الهيئات القضائية طبقاً للمادة ١٣٨٤ م ذلك أن السلطات الإدارية و بنوع خاص فى المستشفيات يجب أن تعتبر متعهدة للجمهور بضمان حسن سير المصلحة ؛ وتطبيق هذه المبادىء يؤدى إلى قبول مسئولية المؤسسة العامة لابصفة ثانوية بل بصفة أصلية كمديرة للمصلحة، وحتى فى الأحوال التى تحصل فيها الحادثة نتيجة خطأ شخصى منسوب للأطباء كخطأ فى التشخيص فإن هذا الخطأ لايمكن فصله عن المصلحة التى هيأت السبيل لارتكابه وعرضت المجنى عليه لنتائجه الضارة .

و يلاحظ أننا إذا كنا قد وصلنا إلى ماوصل إليه القضاء الإدارى فى فرنسا فإنا لم نذهب معه إلى حد القول بوجوب استبعاد القواعد المدنية وتطبيق قواعد مستمدة جملة من القانون العام بل بالعكس طبقنا القواعد المدنية بالشكل الذى يتفق مع التصوير الصحيح للدولة ومركز الموظفين بالنسبة لها [٢] . ولكن إذا كان التكييف القانونى لعلاقة الموظفين بالدولة قد انتهى بنا إلى القول باعتبار مسئوليتها مسئولية مباشرة كلما كان الطبيب المتسبب فى الضرر داخلا فى السلك الدائم فإن هذا التكييف ذاته يحتم علينا القول بأنه إذا كان الطبيب خارج السلك [٣]

(١) مذكور فى ديفلو المرجع السابق ص ١٤٥ .

(٢) قارن ما تقول بما قررته محكمة النقض فى ١٩٣٣/٤/١٠ محاماة سنة ١٤ ص٤ رقم٣ إذ ظنت أن الأخذ بما وصل إليه القضاء الإدارى الفرنسى يستوجب التنكب للقواعد المدنية واستخدام نظريات ليس من مصلحة مصر الأخذ بها .

(٣) ومثال الأطباء الخارجين عن السلك الدائم ، الأطباء الذين تتعاقد معهم الدولة لمقاومة وباء طارىء (قرب جيز المبادىء العامة فى القانون الإدارى — سير المصالح العمومية — طبعة ٣ ص٤٤٣؛؛) وطبيعى أن تختلف مسئولية الدولة عن فعل هؤلاء الأطباء المؤقتين عن مسئوليتها عن فعل الأطباء الذين يشغلون وظائف دائمة والذين يعتبرون بحكم مركزهم مندمجين فى تكوين الدولة.

الدائم فإن مسئولية الدولة عن أخطائه تكون مسئولية غير مباشرة مبنية على المادة ١٥٢ م ومن ثم تخضع للقواعد التي بينا بخصوص مسئولية المستشفيات الخاصة.

وجدير بنا أن نشير هنا إلى الفرق بين مركز الطبيب في الحالة الأولى ومركزه في الحالة الثانية (١) ففي الحالة الأولى تكون الدولة وحدها هي المسئولة (٢) وفي

---

(١) راجع في أهمية التفرقة بين المسئولية المباشرة والمسئولية غير المباشرة بالنسبة للأشخاص المعنوية ميشو في الشخصية المعنوية طبعة ٣ بند ٢٧٦ ص٤٨؟؟

(٢) ذلك أن مسئولية الدولة توجب استبعاد مسئولية الموظفين الشخصية (تقرير روتابا المقدم للمؤتمر الدولي للقانون المقارن في مجلة القانون العام سنة ١٩٣٢ ص٦٩٠، ميشو في الشخصية المعنوية طبعة ٣ ج٢ ص٢٤٥ هامش ٢ ص٢٩٢ ومع ذلك قارن ص٢٥١ و٢٥٢ بند ٢٧٦. هوريو — الموجز في القانون الإداري والقانون العام طبعة ١١ ص٣١٣ و٣٢٦؟؟ وهو يقرر أن الأصل هو عدم جواز الجمع بين مسئولية الإدارة ومسئولية الموظف إذ الفعل الواحد لا يمكن أن يكون خطأ شخصياً ومصلحياً في نفس الوقت ولكنه يقر بجواز الجمع إذا اقترن الخطأ الشخصي الصادر من الموظف بخطأ آخر مصلحي.

هوريو في سيرى ١٨/١٩١٩—٣—٤٢ العمود الثاني والثالث، ديموج ج ٥ بند ١٢٥٨ و١٢٦٠ و١٢٧٦ و١٢٨٤، دوجي — تطورات القانون العام سنة ١٩١٣ ص٢٧٣ و٢٧٥؟؟ وفي مجلة القانون العام سنة ١٩٢٣ ص٢٣، باكوت — المسئولية المدنية للموظفين العموميين ص٢٧٥ و٢٨٧. قرب ريبير القاعدة الخلقية في الالتزام طبعة ٣ بند ١٢٧. وقارن آراء جيز المذكورة في كوت المرجع السابق ص٢٧٩ ؟؟ وسافاتييه في المسئولية ج١ بند ٢٠٨ وبند ٢٢٥ و٢٣١ ؟؟ مازو المسئولية طبعة ٣ ج ٣ بند ٢٠٠٥ ؟؟ و٢٠٠٨/٥) مادامت لهم صفة العضو. فالعضو ليست له بهذه الصفة شخصية منفصلة عن شخصية الشخص المعنوي، ويقول جلنك (مذكور في كتاب ميشو في الشخصية المعنوية طبعة ٣ ج ١ بند ٦١ ص ١٣٦) في ذلك إنه لا توجد في الدولة شخصيتان بل الدولة وعضوها وحدة فذة فلا وجود للدولة إلا بأعضائها وبدون هذا العضو تنعدم الدولة. ومن جهة أخرى فإن شخصية الموظف تتلاشى في كيان الدولة ذاتها فإن صدر منه فعل غير مشروع أثناء تأدية وظيفته فإنه يعتبر قانوناً من عمل الدولة وإن كان مادياً من عمله.

وفي نفس المعنى يقول بول دويز في كتابه عن مسئولية السلطة العامة طبعة ١٩٢٧ ص١٢ :

La dualité de personne qu'implique l'art·1384 disparaît avec la conception-faute du service public,laquelle s'apparente au système organisiste: la personne juridique de l'agent disparait; celui-ci est absorbé par l'entreprise administrative dont il devient un simple rouage, un simple organe; l'agent ne se détache pas du service public il fait corps avec ce dernier, il est fondu en lui.

وفي هذا يقول دوجي (في مطول القانون الدستوري ج ٣ طبعة ٣ ص ٣٠٠) :

Quand il n'y a qu'une faute de fonction la personnalité du fonctionnaire =

هذا وقررت محكمة استئناف كولمار فى ١٩٣٦/١١/٢٤ [١] أنه ليس للمريض أن يرفع على الطبيب دعوى يطالبه فيها بالتعويض مادام قد تصرف لا بوصفه طبيباً عادياً بل قياما بأعباء وظيفته فى المستشفى وأنه لاتقبل منه الدعوى إلا إذا ثبت على الطبيب خطأ شخصى منفصل عن المصلحة التى يعمل فيها ، أما إذا كان المنسوب إليه هو الإهمال فى مراقبة تطبيق العلاج فهذا خطأ مهنى لا يمكن فصله عن وظيفته [٢] .

= est en quelque sorte absorbée par le service public. On peut dire très justement que ce n'est pas le fonctionnaire qui a agi, que c'est le service public qui a fonctionné.

ولهذا تنتفى مسئولية الموظف الشخصية تماماً ولا تظهر إلا مسئولية الإدارة وحدها ولا يكون لها أن ترجع على الموظف بما تلزم به من تعويض قبل الأفراد (وحيد رأفت — رقابة القضاء لأعمال الدولة طبعة ٢ ص ٤٤٣ ، مجلس الدولة ١٩٢٤/٣/٢٨ دالوز ١٩٢٤—٣—٤٩ وتعليق ابلتون ، هوريو — الموجز فى القانون الإدارى والقانون العام طبعة ١١ ص ٣١٤) .

حقاً قد يؤخذ على فكرة اندماج شخصية الموظف فى الدولة أنها فكرة ميتافيزيكية بعيدة عن أن تتفق مع حقيقة الواقع ولكن هذا الاعتراض يعيبه تجاهل إحدى وظائف القانون الأساسية وهى وظيفة الصياغة Technique التى يلجأ إليها المشتغلون به ليؤلفوا من الماديات الجامدة صوراً وقواعد تنظم وتحكم الروابط القانونية المختلفة وقد أبدع جينى فى بسط وظيفة القانون هذه فى مؤلفه العلم والصياغة فى القانون (أنظر فى عرض نظرية جينى مؤلف الأستاذ السنهورى بك والدكتور حشمت أبوستيت فى أصول القانون طبعة ١٩٣٨ بند ٥١ ص ٨٦ وما بعدها) ولا يخلو حكم من أحكام القانون من الصنعة القانونية وقيمة هذه الأحكام لا تكون فى تجردها من الصياغة وإنما فى عدم المباعدة بين ما فيها من صنعة وبين الواقع .

(١) مذكور فى ديفلو ص ٤٦ و ٤٧ من المرجع السابق .

(٢) والمحكمة تشير هنا إلى التفرقة الشهيرة بين الخطأ المصلحى والخطأ الشخصى . فالخطأ المصلحى تتحمل به الإدارة وحدها بينما الخطأ الشخصى يتحمل به الموظف شخصياً . ميشو — المرجع السابق ج ٢ ص ٢٩٢ ، وهوريو الموجز فى القانون الإدارى والقانون العام طبعة ١١ ص ٣١٢ و ٣١٣ ، روجيه بونار الموجز فى القانون الإدارى طبعة ١٩٣٥ ص ٩٩ ، هوريو فى سيرى ١٩٢٤—٣—٥٠ العمود الأول والفقرة الأولى من العمود الثانى .

وراجع فى التفرقة بين الخطأ الشخصى والخطأ المصلحى لافرير — فى القضاء الإدارى طبعة ١٨٩٦ ج ١ ص ٦٤٨ ، روجيه بونار المرجع السابق طبعة ١٩٣٥ ص ٩٩ و ١٠٠ ، مازو ج ٣ طبعة ٣ بند ٢٠٠٥/٣/٤٣ ؛ ابلتون — القضاء الإدارى طبعة ١٩٢٧ ص ٢٣٢ ؛ بلانيول اسمان ج ٦ بند ٧١٦ و ٧١٧ ، بول دويز فى مسئولية السلطة العامة طبعة ١٩٢٧ ص ١٥٣ ، ديموج ج ٥ بند ١٢٥٨ =

أما فى الحالة الثانية فالمسئولية تقع على الدولة والطبيب معاً فإن ألزمت الدولة

= و ١٢٦٠ ، جيز مجلة القانون العام سنة ١٩٠٩ ص ٢٦٦ ؛؛ وبنوع خاص ٢٧٤ ، بيركوت — المسئولية المدنية للموظفين العموميين طبعة ١٩٢٢ ص ١٠٥ ؛؛ وهو يستعرض مختلف المعايير التى وضعت للتفرقة ، هوريو فى القانون الإدارى طبعة ١٩٣٣ ص ٥٢٨ وطبعة ١١ ص ٣٢٠ ؛؛ دوجى مطول القانون الدستورى ج ٣ طبعة ٣ § ٧٢ ص ٣٠٠ ؛؛ (ويظهر أن محكمة كولمار قد تأثرت برأى دوجى وهوريو) أوجو فورتى — مذكورفى ميشو المرجع السابق ج ٢ طبعة ٣ ص ٢٨١ ، سافاتييه ج ١ بند ٢٢٥ و ٢٢٦ .

حقا إن مجلس الدولة مال فى السنوات الأخيرة إلى مساءلة الإدارة حتى فى حالة وقوع خطأ شخصى من الموظف متى وقع أثناء تأدية وظيفته أو لمناسبة القيام بها أو متى كانت وسائل وأدوات الخطأ تحت تصرف الموظف بفعل المصلحة الإدارية وكان الشخص الذى أصابه الضرر لم يتقدم إلى الموظف إلا بسبب ومن أجل الأعمال المصلحية (دفاع قوميسير الحكومة — بلوم أمام مجلس الدولة فى قضية ليمونيه فى ٢٦/٧/١٩١٨ سيرى ١٨/١٩١٩ — ٣ — ٤٢ ؛ أنظر ص ٤٥ العمود الأول الفقرة الأولى ، وراجع فى بحث نظرية الجمع بين مسئولية الإدارة ومسئولية الموظف . فلينيو فى مجلة القانون العام ١٩٢١ ص ٣٣٣ ، ودوجى فى مطول القانون الدستورى طبعة ٣ ج ٣ § ٨٤ ، وفى مجلة القانون العام سنة ١٩٢٣ ص ٢٣ ، وهوريو فى القانون الإدارى طبعة ١١ ص ٣٢٦ ؛؛ و ٣١٣ ، بول دويز فى مسئولية السلطة العامة سنة ١٩٢٧ ص ١٥١ ؛؛ جيز فى مجلة القانون العام سنة ١٩١٠ ص ٧٦ إلى ص ٧٨ . كوت المرجع السابق ص ٢٧٣ ؛؛ بلانيول واسمان ج ٦ بند ٧١٨ ، بونار المرجع السابق طبعة ١٩٣٥ ص ١٠٠ فى آخر الصفحة ؛؛ سافاتييه ج ١ بند ٢٣١ ؛؛ مازو ج ٣ طبعة ٣ بند ٢٠٠٨/٥) . ولكن هذا التوسع وإن حدت إليه رغبة عادلة فى ضمان إيصال التعويض للمجنى عليه حالة حصول خطأ شخصى من الموظف إلا أنه لا يتمشى مع الأساس الذى بنيت عليه المسئولية المباشرة للدولة فلا غرو أن سعى مجلس الدولة إلى تلمس وجود خطأ مصلحى إلى جانب الخطأ الشخصى ليؤسس عليه مسئولية الدولة (قرب كوت — المرجع السابق ص ٢٨٨ ؛؛ إلى ص ٢٩٨ والأحكام التى يشير إليها فيها كذلك ص ٢٨٦ الفقرة الأخيرة و ٢٨٧ ، بونارد المرجع السابق طبعة ١٩٣٥ ص ١٠١ آخر الصفحة و ١٠٢ ، فلينيو فى الجمع بين مسئولية الموظف ومسئولية الشخص الإدارى — مجلة القانون العام سنة ١٩٢١ ص ٣٣٣ ؛؛ أنظر ص ٣٣٨ ؛؛ وراجع فى تطور قضاء مجلس الدولة فى هذه الناحية دكتور وحيد رأفت — المرجع السابق ص ٤٣٣ ؛؛ وقارنه بما يقوله هوريو فى كتابه الموجز فى القانون الإدارى والقانون العام طبعة ١١ ص ٣١٣ ، وسافاتييه — المسئولية ج ١ بند ٢١٣ و ٢٣١ ؛؛ مازو ج ٣ طبعة ٣ بند ٢٠٠٨/٣ ، دكتور زهير جرانه مبادىء القانون الإدارى المصرى طبعة ١٩٤٤ ص ٣١٣ فى الآخر ؛؛) مستعيناً فى ذلك بفكرة أن وقوع خطأ من الموظف أثناء تأدية وظيفته يعد فى كثير من الأحيان دليلا كافياً على خلل الإدارة وتراخى الرقابة والإشراف من الرؤساء على المرؤوسين . ولعل مجلس الدولة قد تأثر بقضاء المحاكم العادية التى جعلت السيد مسئولا عن كل مايقع من تابعه بمناسبة أدائه لوظيفته وإن لم يكن ما وقع منه داخلا فى أعمال هذه الوظيفة . ولكن هنالك من الاعتبارات =

بدفع التعويض للمجنى عليه كان لها أن ترجع على الطبيب بما دفعته [١] .

= القانونية ما كان يوجب التفرقة بين الأمرين (ميشو المرجع السابق طبعة٣ ج ٢ بند ٢٧٦ ص ٢٤٩؛؛)وعلى كل حال فإن مجلس الدولة قد اعتبر مسئولية الإدارة عن الخطأ الشخصى الصادر من الموظف مسئولية احتياطية فهى بمثابة ضمان للمجنى عليه حالة إعسار الموظف (بول دويز — مسئولية السلطة العامة سنة ١٩٢٧ ص ١٦٦ ، وفلينيو المرجع السابق ص ٣٥٠ ؛؛ كذلك ص ٣٥٩ و ٣٦٠) .

(١) راجع فى حق السيد فى الرجوع على التابع إذا ألزم بالتعويض بيسون فى دالوز ١٩٢٨ — ٢ — ١٤ العمود الأول فى آخره، دالان فى دالوز ١٩٣١ — ١ — ١٧٢ عمود أول فقرة أخيرة . سافاتييه فى المسئولية ج ١ بند ٢٨٧ ، مازو طبعة ٣ ج ١ بند ٧٢٤ و ٧٢٨ ، بودرى وبارد ج ٤ طبعة ٣ بند ٢٩٣١ ؛؛ فلور — العلاقات بين المتبوع والتابع ص ٢٥ ؛؛ بلانيول واسمان ج ٦ بند ٦٥٦ ، بودان ج ٣ بند ١٢١٦ ص ٧٩٧ ، بهجت بدوى فى رسالته السابق الاشارة إليها ص١٨٩ ؛؛ ديموج ج ٥ بند ٩٥٣ ؛؛ لالو طبعة٢ بند١٠٨٦ ، ديمولومب ج ٣١ بند ٦٣٤ ، فوازينيه ص٢٢٩؛؛ (الخطأ الجسيم فى القانون الفرنسى)، أوبرى ورو طبعة ٥ ج ٦ ص ٤١٨ § ٤٤٧ ، سوردا ج ٢ طبعة ٥ بند ٧٧٠؛؛ و ٩٠٧ ، زنجهر المرجع السابق ص ١٠٣و١٠٤ . عرائض٢٤/٢/١٨٨٦دالوز ١٨٨٧ — ١ — ٣١ ،عرائض ١٦/٧/١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ — ٤٧٧ العمود الثانى ، أنجير ١٥/٣/١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣ — ١ — ١٠١٤ . قارن باريس ١٤/٣/١٩٣٠ دالوز ١٩٣٠ — ٢ — ١١٥ وقد اشترطت المحكمة وقوع خطأ جسيم من التابع حتى يجوز للسيد أن يرجع عليه، وينتقد بيسون رأى المحكمة فى تعليقه المنشور مع الحكم خاصة ص ١١٧ العمود الأول .

الشهادات الطبية

تتبعنا مراحل العلاقة بين المريض والطبيب ورأينا مدى المسئولية التى يتعرض لها أثناء قيامه بواجبه فى العلاج .

ولكن مهمة الطبيب ليست علاجية فى جميع الأحوال ، فأحيانا لا يتطلب منه الحريف أكثر من فحص حالته و إعطائه شهادة بها .

ونحن فى بحث مسئولية الطبيب عن الشهادات الطبية ، لا نعنى بدراسة الشهادات الطبية المزورة أو شهادات المجاملة ، فهى موجبة من غير شك لمسئولية الطبيب الجنائية والمدنية معاً فطالما أن الطبيب يعرف خطأ البيانات التى يثبتها فى الشهادة فهو يرتكب جريمة التزوير بإحدى صورها المنصوص عليها فى القانون و إنما نحن نعنى بدراسة حالة الطبيب حسن النية الذى يحرر شهادة غير صحيحة نتيجة جهله أو إهماله فى تقصى المعلومات التى يبنى عليها رأيه .

وقبل أن نتناول بالبحث التزامات الطبيب فى تحرير الشهادات الطبية لا يفوتنا أن نشير إلى مختلف الأغراض التى تستعمل فيها هذه الشهادات ، فقد يطلبها المجنى عليه فى قضية ضرب أو هتك عرض ليتخذها أساساً للتعويض وقد يطلبها الشخص ليؤمن على حياته أو ليدخل فى مسابقة أو ليصرح له بأجازة مرضية إلى غير ذلك من الأغراض التى تدل على ما للشهادات الطبية من أهمية قصوى فى العصر الحديث.

من أجل ذلك كان على الطبيب أن يراعى منتهى اليقظة فى تحرير هذه الشهادات . ولم يفت الأستاذ برووواردل أن يلفت نظر طلبته إلى ذلك حيث قال[١] «إن الشهادة تكاد تكون عملا طبيا شرعياً فكثيراً ما تؤسس عليها الدعاوى فلا تثبتوا فيها إلا ما رأيتموه بأعينكم وما لمستموه بأنفسكم ، لا تضيفوا شيئا مما سمعتموه من طالب الشهادة فإن فعلتم ذلك فأثبتوا أنه كان على لسان فلان ...»

---

(١) برووواردل المسئولية الطبية ص ٢٩١ .

ولكن تلك النصيحة لم يتبعها الأطباء دائما فكم من دعوى رفعت عليهم بسبب استخفافهم بالتشخيص عند ماطلب منهم تحرير شهادات طبية غير مقدرين خطورة النتائج التى تترتب على هذا الاهمال .

وأول واجب على الطبيب أن يرعاه حتى يأمن جانب المسئولية هو أن يتحقق من صفة من يطلب الشهادة [١] ، فإذا كان هو المريض نفسه فليس على الطبيب أن يتحرى عن مركزه والغرض الذى من أجله طلب الشهادة [٢] إذ من حق الطبيب بل من واجبه [٣] أن يحيط المريض علما بحالته ، ولا ضير عليه إن هو أثبت رأيه فى شهادة قدمها إليه فإذا عاد على المريض ضرر من إذاعة ماتضمنته هذه الشهادة من وصف لحالته فلا يلومن إلا نفسه . ورغم ذلك فقد قررت محكمة الهافر [٤] أن الطبيب يعتبر مخطئا إذا هو قدم شهادة طبية إلى امرأة متزوجة بغير علم زوجها وكان من شأن ماتضمنته هذه الشهادة أن يدب الخلف بين الزوجين . ولكن محكمة استئناف روان [٥] ألغت هذا الحكم إذ راعت أن هناك اعتبارات ليس على الطبيب أن يتقصى عنها قد تدفع المرأة المتزوجة إلى استشارة طبيب بغير تدخل زوجها أو على غير علم منه .

والواقع أن هذين الحكمين يدوران حول بحث ما إذا كان حق الطبيب فى أن يعطى للمريض شهادة لإثبات حالته ، يرد عليه قيد إذا كانت من تطلب الشهادة امرأة متزوجة بغير تصريح من زوجها .

قررت محكمة النقض الفرنسية — بالنظر لما بين الزوجين من اندماج فى الحياة

---

(١) جاردنا ورينشى ص ٣١٥ بند ٢١٠ و ٢١١ ، الهافر فى ١٩٢١/٦/٤ جازيت المحاكم ١٩٢٢—٢—١٢٢ .

(٢) بواتيه ١٨٩٥/١٢/٣ سيرى ١٨٩٥—٢—٣٦ ، روان ١٩٢٢/١١/٨ سيرى ١٩٢٦—٢—٧٣ وتعليق بيرو ، جاردنا ورينشى ص ٣١٤ بند ٢٠٧ .

(٣) بلانيول واسمان بند ٥٢٧ .

(٤) الهافر ١٩٢١/٦/٤ جازيت المحاكم ١٩٢٢—٢—١٢٢ .

(٥) روان ١٩٢٢/١١/٨ سيرى ١٩٢٦—٢—٧٣ .

والمتزاحم فى المصالح — أن الطبيب من حقه أن يكشف للمرأة كتابة عن حالة زوجها الصحية إن كان مصاباً بمرض من الأمراض التناسلية ولا تثريب عليه إذا أدى ذلك إلى إيقاع الخلف بين الزوجين[١].

وطالما أن تصريح الزوج ليس متطلبا فى مثل هذه الحالة[٢] فمن باب أولى ليس ذلك التصريح متطلبا لإعطاء الزوجة شهادة طبية عن حالتها الصحية حتى إذا كانت مصابة بمرض نقلته عن زوجها .

هذا هو الحكم إذا كان المريض نفسه هو الذى يطلب الشهادة ، أما إذا كان طالب الشهادة من الغير فإن الطبيب يعتبر مفشيا لسر المهنة إن هو أعطاه الشهادة قبل أن يتحقق من صفته فى طلبها[٣] والغرض الذى من أجله يطلبها[٤].

ولا يكفى أن تكون الشهادة مقدمة لذى صفة فى طلبها بل يجب أن يعنى الطبيب بتحريرها فيشخص الحالة تشخيصا دقيقا يبنيه على ما ثبت له من معلومات بذل فى تحقيقها من العناية ما يبذله الطبيب الحريص الحازم[٥].

فالطبيب الذى ينقاد بغير تبصر لما سمعه على لسان المريض أو ذويه وصفا

---

(١) نقض ١٣ يولية سنة ١٨٩٧ فى الأسباب سيرى ١٨٩٨—١—٢٢٠ والتعليق . قارن محكمة استئناف نيوزيلاندة فى هالسبورى ج ٢٢ ص ٣١٨ .

(٢) وسنرى الأساس الذى بنى عليه هذا الرأى لدى دراستنا للمسئولية عن إفشاء سر المهنة .

(٣) كأن يكون ولياً أو موكلا من المريض فى طلب الشهادة .

(٤) جاردنا وريتشى ص٣١٥ رقم ٢١٠ و ٢١١ ، اسمان فى سيرى ١٩٠١—١—١٦٤ عمود ٢ فقرة ٢ ، فوجير فى٢٩/٦/١٨٩٨سيرى١٩٠١—٢—١٠٨ تحت رن فى ٢٢أبريل سنة ١٨٩٩ . وقد قررت المحكمة أن ليس من حق الطبيب أن يعطى شهادة مرضية لغير من كان يعالجه إلا برضاه ، ومن باب أولى ليس للطبيب أن يعطى لذلك الغير شهادة قد تستخدم ضد صالح المريض الذى أولاه ثقته .

وسنرى مع ذلك أن هناك أحوالا تبرر للطبيب إعطاء الشهادة للغير دون أن يتعرض فى ذلك للمسئولية عن إفشاء سر المهنة .

(٥) ساهو ٨٩ ؟؟ مازان ص ١٠٣ ؟؟ خاصة ص ١٠٥ فى الآخر ، نيجر ص ٦٨ ؟؟ إلى ٧٠ ، بيتل ص ١٢٥ ، لاكاس بند ٢٣١ ، سافاتييه ج ١ بند ٨٨ .

حالته ويثبت واقعة لم يحققها بنفسه مسئول عن نتائج الشهادة التي يحررها[١].

كذلك هو يسأل عن الأغلاط التي تضمنتها الشهادة إن لم يكن في طبيعة الحالة وأعراضها ما يبرر وقوعه في تلك الأغلاط بالنظر إلى الحالة التي وصل إليها العلم[٢].

ولتقدير مسئولية الطبيب لا يكفي أن نتبين الأسباب التي أوقعته في الغلط، بل يجب أن نقيم اعتباراً لمدى النتائج التي قد تؤدي إليها الشهادة والأغراض التي من أجلها حررت. فالطبيب يجب أن يكون أكثر حرصاً وأشد يقظة كلما ازدادت خطورة النتائج التي قد تؤدي إليها الشهادة وكلما حامت الشبهات حول الغرض من طلبها[٣] وبنوع خاص يتحتم على الطبيب أن يرعى منتهى اليقظة والحذر في تحرير الشهادات الطبية إذا ما تناولت إثبات حالة عاهة في العقل[٤]، ولقد حكمت

---

(١) جاردنا وريتشي ص ٣١٥ رقم ٢١٢، لوران ج ٢٠ ص ٥١٧، سوردا ج ١ ص ٦٧٧ في الآخر، تعليق ليجريس في دالوز ١٩١٤—٢—٨٥ رقم ١—٣، سانت اتين ١٢/٦/سنة ١٨٩٦ دالوز ١٨٩٦—٢—٣٧٤، سين ١٦/٦/١٨٩٦ دالوز ١٨٩٦—٢—٣٧٤، روان ٣٠/٦/١٨٩٦ جازيت باليه ١٨٩٦ — ملحق ٢ ص ١٤، كان ١٦/١/١٩٠١ سيري ١٩٠٤—٢—١٧٢، شامبيري ٢٥/٦/١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧—٢—٣٧٩ وسيري ١٩١١—١—٤٦٥، نقض ١٣/٥/١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨—١—٣٦٦ وسيري ١٩١١—١—٤٦٥، بلوا ٣/١٢/١٩٠٨ دالوز ١٩٠٩—٥—١٧، نيم ٣/٧/١٩١١ سيري ١٣—٢—١٧٧ وتعليق بيرو، جرينوبل ١٣/٣/١٩٣١ جازيت باليه ١٩٣١—٢—٧٧٦. والطبيب مسئول إن هو أثبت وجود جروح لم يتحقق منها وكان من شأن ذلك الحكم على الغير بالتعويض ومن باب أولى إن هو انقاد بغير تبصر إلى أقوال المريض عن سبب مابه من إصابات (نيجر ص ٧٠، لاكاس بند ٢٣١) وهو مسئول إن قرر أن ظئراً ليس بها أمراض معدية وثبت غير ذلك (لاكاس بند ٢٣١).

(٢) سافاتييه ج ٢ بند ٧٧٦، راجع روان ٨/١١/١٩٢٢ سيري ١٩٢٦—٢—٧٣. قارن بروكسل ٥/١٢/١٨٩٤ بازيكريزي ١٨٩٥—٣—١٠٤، جاردنا وريتشي ص ٩١٤ رقم ٢٠٨ وحكم النقض الصادر في ١١/١/١٨٦٥ الذي يشير إليه. ولا تقتصر مسئولية الطبيب على تشخيصه للحالة بل قد تمتد إلى تقديره لتطوراتها المستقبلة. راجع ليل ١٩/٤/١٩٠٥ بانديكت ١٩٠٧—٢—٣٤٢، وقد اعتبرت الطبيب مسئولا عن وصفه حالة شخص أصيب بحروق عميقة ومنتشرة أثناء العمل، بأنه في حالة عجز مؤقت عن العمل.

(٣) سافاتييه ج ٢ بند ٧٧٦.

(٤) نيجر ص ٦٩، روان ٣٠/٦/١٨٩٦ جازيت باليه ١٨٩٦ ملحق ٢ ص ١٤، روان ٨/١١/١٩٢٢ سيري ١٩٢٦—٢—٧٣.

محكمة كان فى ١٦/١/١٩٠١ بمسئولية طبيب لم يبذل العناية اللازمة فى تحرير شهادة أثبت فيها أن المريض مصاب بحالة جنون دون أن يكلف نفسه مشقة وضعه تحت الفحص والملاحظة الجدية ودون أن يطلب منه زيارة ثانية ليتأكد من أن حالة الانفعال الشديد التى لاحظها لم تكن راجعة إلى ظروف طارئة[١] .

وليس محرماً على الطبيب فى تحرير الشهادة أن يستند إلى السوابق الوراثية للمريض، ولكن يجب أن يكون حريصاً بحيث لايمس الغير فيما يثبته فى الشهادة من بيانات إلا بالقدر الذى يكون ذلك لازماً للتدليل على صحة رأيه وتدعيم تشخيصه[٢] . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف شامبيرى[٣] بأن المادة الثالثة من القانون الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٨٣٨ إذا كانت تستلزم ، لإدخال شخص فى إحدى مستشفيات الأمراض العقلية ، شهادة من طبيب يصف فيها حالته العقلية ويبين مميزات مرضه وضرورة إدخاله فى المستشفى والعلاج المناسب له فإن هذه المادة لم تفرض على الطبيب الالتزام ببيان الأسباب التى أدت إلى جنون الشخص المراد وضعه فى المستشفى ولا حالة أقاربه . فأسباب الجنون كثيراً ما تكون أدق من أن تعرف على وجه التأكيد . ومن ناحية أخرى فإن آثار الوراثة لا يمكن أن يعرفها الطبيب إلا من بيانات لا يستطيع فى أغلب الأحيان أن يتحقق منها . وفضلا عن ذلك فإن مثل هذه البيانات لا فائدة منها فى شهادة ليس الغرض منها سوى تبرير وضع المريض فى المستشفى . وخرجت المحكمة من هذه المقدمات بأن الطبيب إذ قرر فى الشهادة التى قدمها أن المستأنفين بدت عليهم علامات الانحلال العقلى قد أساء استعمال حقه بغير ضرورة تلجئه إلى ذلك .

ولا شك أن محكمة شامبيرى قد غالت فيما قررته من أن الطبيب يجب أن

---

(١) كان ١٦/١/١٩٠١ سيرى ١٩٠٤—٢—١٧٢ .

(٢) جرافن ص ١٥٠ و ١٥١ .

قارن مازان ١٠٨ ،ولاكاس بند ٢٣١ ، وبلانش روديه ص ٤٥ و٤٦، وجاردنا وريتشى ص ٣١٤ رقم ٢٠٩ .

(٣) شامبيرى ٢٥/٦/١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧—٢—٣٧٩ وسيرى ١٩١٠—١—٤٦٥ .

يقصر بحثه على حالة المريض العقلية دون غيره بحيث تعتبر كل إشارة إلى حالة الغير ، ولو كان من أقرب الأقربين إلى المريض ، من قبيـــل الخطأ ؛ لا شك أن فيما ذهبت إليه المحكمة شيئاً من المغالات لأهمية السوابق التاريخية فى تشخيص الأمراض العقلية على وجه الخصوص ؛ ومن المسلم أن الطبيب عليه أن يبين فى الشهادة التى يحررها الأسباب التى تدعم تشخيصه للحالة[1] .

لهذا فإن محكمة النقض[2] عند ما عرض عليها الموضوع لم تستطع أن تجارى محكمة الاستئناف فيما ذهبت إليه فلم تأخذ بالمبدأ الذى أقرته على إطلاقه وإن كانت قد قررت أن ظروف الدعوى تؤيد ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف من أن الطبيب أخطأ فيما أثبته فى الشهادة عن حالة أقارب المريض العقلية ؛ فإذا كان من حق الطبيب أن يدلل على صحة رأيه بالطريقة التى يرضاها فإنه يعتبر مسيئاً لاستعمال هذا الحق إن هو أثبت فى الشهادة وقائع تمس غير المريض دون أن تدعو إلى ذلك ضرورة لتدعيم تشخيصه .

فسواء أكان التشخيص شفوياً أم مكتوباً فى شهادة ، فإن كل غلطة من جانب الطبيب تعتبر من قبيل الخطأ متى نمت عن جهل أو إغفال للأصول العلمية الثابتة ، و بالعكس لا يعتبر من قبيل الخطأ الأغلاط التى ترجع إلى النقص فى العلوم الطبية أو إلى الظروف التى ، إن أحاطت بطبيب حريص ، لكان من المحتمل أن يقع فى نفس الغلط الذى وقع فيه الطبيب المسئول .

---

(١) بيرو فى سيرى ١٩١١—١—٤٦٥ .

(٢) نقض ١٩٠٨/٥/١٣ دالوز ١٩٠٨—١—٣٥٦ وسيرى ١٩١١—١—٤٦٥ وتعليق بيرو .

المسئولية عن افشاء سر المهنة

رأينا أن وظيفة الطبيب فى المجتمع لم تعد على ما كانت عليه فى الماضى قاصرة على علاج المرضى وأبنا أن ثمة وظيفة أخرى ألقيت على عاتقه فى تحرير الشهادات الطبية لمختلف الأغراض التى تتطلبها الحياة العصرية . وهو فى معرض القيام بأعباء وظيفته الاجتماعية مرتبط دائماً بالمحافظة على سر المهنة[1] .

والتزام الطبيب هكذا بحفظ السر معروف منذ القدم[2] فضلا عن أنه واجب أخلاقى تمليه قواعد الشرف فهو أمر تقتضيه المصلحة العامة . فلو أن الأطباء كانوا فى حل من إفشاء أسرار من يقصدون إليهم لامتنع المرضى عن طلب العلاج خشية افتضاح أمراضهم والإضرار بسمعتهم والحط من كرامتهم ووضع العراقيل فى سبيل مستقبلهم[3] .

ولقد أيدت جميع التشريعات هذا الالتزام فنص عليه المشرع الفرنسى فى المادة ٣٧٨ ع ونقل عنه المشرع المصرى نص المادة ٣١٠ ع وكذلك فعل المشرع البلجيكى فى المادة ٤٥٨ ع مع تعديل بسيط يتعلق بالترخيص للطبيب بأداء الشهادة أمام المحاكم .

---

(١) راجع الآراء المختلفة التى قيلت فى أساس هذه المسئولية رسالة لاكاس بند ٢٧٠ وما بعدها والمراجع التى تشير إليها .

(٢) فى القانون الهندى وفى عهد الرومان وفى القانون الفرنسى القديم راجع دكتور محمود محمود مصطفى فى مدى المسئولية الجنائية للطبيب إذا أفشى سراً من أسرار مهنته ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١١ ص ٦٥٧ ، ولاكاس بند ٢٦٤ ، وميرلان تحت طبيب نقرة ٣ رقم ٣ .

وفى الشريعة الإسلامية راجع ماقاله العلامة محمد بن محمد بن أحمد القرشى المعروف بابن الأخوة الشافعى فى كتاب معالم القربة فى أحكام الحسبة مذكور فى مقال الشيخ عبد العزيز مصطفى المراغى عن مسئولية الأطباء فى مجلة الأزهر المجلد ٢٠ ص ٢٠٨ .

(٣) لو يواتفان فى سيرى ٩٦—١—٨١ ، جارو ج ٦ نقرة ٢٣٤٦ ص ٦٥ .

ولئن كانت دائرة المسئولية المدنية عن إفشاء سر المهنة أوسع نطاقا من دائرة المسئولية الجنائية التى تفترض لزاما أن يكون الطبيب قد تعمد الإفشاء فإن الارتباط بينهما وثيق . ولقد أثار تطبيق المادة ٣٧٨ ع ف كثيراً من الخلافات التى ترجع تارة إلى شروط هذا التطبيق وتارة أخرى إلى القيود التى يمكن أن ترد عليه . وسنرى إلى أى حد قضى المشرع المصرى على بعض هذه الخلافات . لذلك سيكون كلامنا عن هذا الموضوع فى مبحثين نعالج فى أولهما أركان المسئولية عن إفشاء السر وفى الثانى نبين الأحوال التى يباح فيهـا للطبيب إفشاء أسرار مهنته دون أن يتعرض للمسئولية .

أولا — أركان المسئولية عن افشاء سر المهنة

١ — سر المهنة الطبية :

يجب أن يكون الأمر الذى حصل افشاؤه مما يعتبر سراً . على أن تحديد معنى السر لايخلو من شيء من الصعوبة . فيرى دالوز أن السر هو كل مايضر إفشاؤه بسمعةمودعه أو كرامته[(١)] ولـكن بعض الشراح اعترضوا بأن السر قد يكون مشرفا لمن يريد كتمانه ، ومع ذلك تحميه المادة ٣٧٨/٣١٠ فقرة ١ عقوبات[(٢)] لذلك عرفه البعض بأنه كل مايعهد به المريض إلى الطبيب على أنه سر[(٣)] .

ولم يرض بروواردل بهذا التعريف فقال إن سر المهنة الطبية لايقتصر على مايعهد به إلى الطبيب بل يتعداه إلى كل مايشاهده أو يسمع به أو يستنتجه أثناء مماوسته مهنته ولو كان المريض يجهله[(٤)] فسر المهنة الطبية قد يرجع إلى طبيعة

(١) دالوز تحت عبارة إفشاء الأسرار فقرة ١٦ .

وفى نفس المعنى سم ١٩٢٤/١٢/١٦ مجلة التشريع والقضاء ٢٤—١٩٢٥ ص ٦٩ .

(٢) جارسون م ٣٧٨ فقرة ١٧ .

(٣) Trébuchet jurisprudence de médecine P 284.

اسمان فى سيرى ١٩٠١—١—١٦٢ عمود ٣.

(٤) بروواردل سر المهنة الطبية ص ٢٨١، جارو شرح قانون العقوبات جـ ٦ طبعة ٣ =

المرض كما لو كان وراثيا وقد يرجع إلى جسامته وأخيراً قد يتحدد السر بالوقائع والملابسات كما إذا أفضى المريض إلى الطبيب بأن الجرح الذى يعالجه إنما نشأ عن عراك أو عرف الطبيب هذه الحقيقة من نفسه .

ولقد جرى القضاء الفرنسى فى أول الأمر على تفسير سر المهنة الطبية بأنه كل مايعهد به على أنه سر [1] متبعاً فى ذلك حرفية النص دون قصد الشارع .

ولكن محكمة النقض – حتى يكون للحظر الوارد فى المادة ٣٧٨/٣١٠ ع قيمته – قررت فى قضية واتليه أن السر الطبى يشمل ليس فقط مايطلب المريض كتمانه بل كل ماهو سر بطبيعته ، أى كل واقعة تقتضي مصلحة المريض عدم إذاعتها [2] .

وأخيراً حكمت محكمة السين بأنه فيما عدا الحالات التى نص عليها القانون لايجوز للطبيب أن يذكر شيئاً عن نوع المرض أياً كان هذا النوع ، فالفحص الطبى بكل ماينتمخض عنه من نتائج وما يحيط به من ملابسات هو سر بطبيعته . ولا يجوز أن يترك للطبيب فى هذا الشأن تقرير مايصح إفشاؤه وما يجب كتمانه إذ هو لايستطيع أن يتنبأ مقدما بما سيترتب على الإفشاء من آثار بالنسبة للمريض [3] .

= بند ٢٣٥٠ ، ٢٣٥١ ص ٧٤ ، جارسون م ٣٧٨ فقرة ٢٠ ، أورليان ١٩٢٩/١١/١٩ دالوز الأسبوعى ١٩٣٠–٧٦ ، پو ١٩٢٥/٦/٢٠ جازيت باليه ١٩٢٥–٢–٧٢٣ .

(١) نقض جنائى ١٨٤٥/٧/٢٦ دالوز ٤٥–١–٣٤٠ سيرى ٤٥–١–٥٧٧ ، نقض ١٨٥٣/٦/١٠ دالوز ١٨٥٣–١–٢٠٥ (موثق) ، هافر ١٨٨٦/٧/٣٠ – سيرى ١٨٨٧–٢–٦٩ .

(٢) نقض جنائى ١٨٨٥/١٢/١٩ دالوز ٨٦–١–٣٤٧ وسيرى ٨٦–١–٨٦ وتقرير تانون ص ٨٧ عمود ٣ فقرة أخيرة ، وفى الابتدائى سين ١٨٨٥/٣/١١ سيرى ٨٥–٢–١٢١ ودالوز ٨٦–١–٣٤٧ ، بوردو ١٨٩٣/٧/٥ سيرى ١٨٩٦–١–٨٤ عمود ٣ سطر ١٦ ؛ نقض ١٨٩٩/٥/١ دالوز ٩٩–١–٥٨٥ وتعليق بلانيول ، بيزانسون ١٨٩٩/٦/٧ سيرى ١٩٠١–٢–١٠٨ ، نقض جنائى ١٩٠٠/٥/١٠ و ١٩٠١/٢/١٥ دالوز ١٩٠٣–١–٥٥٣ ، إكس ١٩٠٢/٣/١٩ دالوز ١٩٠٣–٢–٤٥١ ، رين ١٩٠٣/٦/١٢ دالوز ١٩٠٥–٢–٣٢١ وتعليق لوبا ، نقض ١٩٠٤/٧/١٨ سيرى ١٩٠٥–١–٢٣٣ ، نقض ١٩٢٧/٣/٢٩ سيرى ١٩٢٨–١–٥ ، ناكيه فى سيرى ١٩١٩/١٨–١–٩ ، جارسون م ٣٧٨ فقرة ٢٠ ، جندى عبد الملك ج ٢ ص ٤٧ رقم ١٠ و ١١ .

(٣) مذكور فى محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص ٦٦١ ، دويه ١٨٩٦/١/٢٨ فى الأسباب سيرى ٩٨–١–٢٢٠ عمود ٣ .

ولئن كانت بعض الأحكام تشعر بأنه يشترط أن يكون فى إفشاء السر ضرر بالمريض [١] فالواقع أن الضرر ركن لقيام المسئولية المدنية فحسب ، أما عن المسئولية الجنائية فليس ينظر إلى الضرر من ناحية المجنى عليه بل تعتبر الجريمة متوافرة أركانها متى حصل الإضرار بالمصلحة العامة التى أريد بالنص حمايتها فلا يخفى كما قلنا أن السر قد يكون مشرفا لمن يريد كتمانه ومع ذلك تحميه المادة ٣١٠ع [٢].

ولا يقتصر السر على ما يصل إليه الطبيب من نتائج إيجابية بل قد يكون فى الأمر سر ولو كانت نتيجة الفحص سلبية ، فالطبيب الذى يذكر أن الزائر خال من أى مرض يفشى بذلك سرا [٣] وإن كان القضاء يعتبر هـذا من مبررات الرأفة بالمتهم . ومع ذلك فهناك أحكام تميل إلى التضييق من هذا الاتجاه وأخرى تستلزم أن يكون الإفشاء عن نتائج إيجابية [٤] وحجتها فى ذلك أن سـلامة الشخص من الأمراض ليست بطبيعتها سراً يفترض أن الطبيب مؤتمن عليه .

---

(١) نقض ١٩٣٦/٧/١٣ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ـ٥٨٨ والحكم تأييد لحكم أورليان فى ١٩٢٩/١١/١٩ دالوز الأسبوعى ١٩٣٠ـ٧٦ .

راجع أيضاً إكس ١٩٠٢/٣/١٩ دالوز ١٩٠٣ـ٢ـ٤٥١، وبيرو فى سيرى ١٩٠٥ـ١ـ٢٣٣ عمود ٢، سم ١٩٢٤/١٢/١٦ مجلة التشريع والقضاء ١٩٢٥/٢٤ـ٦٩ .

عكس جارو جـ ٦ طبعة ٣ بند ٢٣٥٠ ، والتعليق فى دالوز ١٩٠٢ـ١ـ٢٣٥ تحت رقم ١ و٢ عمود ٢، وإميل تيلو فى المجلة الفصلية ١٩٣٢ـ٢ـ١٢٠٢ .

(٢) جارسون م ٣٧٨ رقم ١٧ .

(٣) نقض ١٨٨٥/١٢/١٩ سيرى ١٨٨٦ـ١ـ٨٦ ، نقض ١٩٠١/١١/٩ سيرى ١٩٠٤ـ١ـ٢٠٢ ، نقض ١٩١٣/٥/٩ سيرى ١٩١٤ـ١ـ١٦٩ ، مازو فى دالوز ١٩٢٧ـ١ـ١٨٦ عمود أول ، جارسون م ٣٧٨ فقرة ٢٣ ، جارو جـ ٦ طبعة ٣ ص ٦٩ هامش ١٣ ، بيير جولف فى تعليقه على نقض ١٩٤٧/٥/٨ دالوز الأسبوعى ١٩٤٨ـ١٠٩ ص ١١٠ عمود ٢ .

(٤) نقض ١٩٠٤/٧/١٨ سيرى ١٩٠٥ـ١ـ٢٣٣ وتعليق بيرو، نقض ١٩٢٧/٣/٢٩ سيرى ١٩٢٨ـ١ـ٥ دالوز ١٩٢٧ـ١ـ١٨٥ .

والغريب فيما ذهبت إليه محكمة النقض أنها قررت أن محكمة الإستئناف أصابت فى استبعادها لشهادات طبية قدمها الورثة لإثبات أن مورثتهم كانت مصابة بعاهة فى العقل وذلك لكى يتوصلوا إلى إبطال وصيتها بينما أخذت بشهادات أخرى قدمها الموصى إليه لإثبات أن الموصية كانت محتفظة بكامل قواها العقلية بدعوى أن هذه الشهادات السلبية لا تنصب على واقعة سرية بطبيعتها وليس فى إذاعتها ضرر بالمتوفاة .

وليست هذه الحجة مقنعة ، فعندما يعرض المريض نفسه على الطبيب لفحصه هو لا يعرف مقدما ما عسى أن تكشف عنه نتيجة الفحص ، فالمفروض أنه يتطلب من الطبيب ألا يفشى أمره للغير ، وبعبارة أخرى يمكننا أن نقول إن الفحص الطبى فى مجموعه سر بطبيعته ليس من حق الطبيب أن يكشف عن نتائجه للغير أيا كانت هذه النتائج[1] .

= وينتقد مازو (دالوز ١٩٢٧ــ١ــ١٨٦ عمود ٢) هذا الحكم إذ ليس هناك ما يقضى بأن مصلحة المتوفاة فى الأخذ بالشهادات السلبية ، فلو أنها كانت حقا مصابة بنقص فى قواها العقلية كما جاء فى الشهادات التى قدمها الورثة فإن مصلحتها الحقيقية وإرادتها لو كانت مالكة لقواها العقلية ، هى بغير شك فى إبطال الوصية التى تحرم بها ورثتها الطبيعيين من نصيب من ميراثها فالأخذ بالشهادات السلبية واستبعاد الشهادات الأخرى بدعوى أن الأولى وحدها هى التى تتفق ومصلحة المتوفاة فيه مصادرة على المطلوب .

ويضيف مازو إلى ما تقدم أن التصريح للأطباء بإعطاء شهادات سلبية عن حالة مرضاهم فيه مساس كبير بسر المهنة إذ سيفسر رفض الطبيب إعطاء الشهادة على أنه تحرج من بيان حالتهم وإقرار بمرضهم ، وكثيراً ما يكون نفى مرض معين معناه أن المريض مصاب بمرض آخر (مازو فى دالوز ١٩٢٧ــ١ــ١٨٧ عمود ٢ فقرة ٣ وانظر التعليق المنشور فى دالوز ١٩٠٢ــ١ــ٢٣٥ تحت رقم ١ ، ٢ فى الآخر) .

وإذا كان مازو قد انتهى إلى ضرورة استبعاد الشهادات الفنية المتعلقة بحالة المريض العقلية سواء ما كان منها إيجابياً أو سلبياً فإن بعض الشراح قد انتهوا فى هذه المسألة بالذات إلى نتائج عكسية (هوجينى فى سيرى ١٩٢٨ــ١ــ٥ أنظر ص ٦ عمود ١ ، سافاتيية فى المجلة الفصلية ١٩٢٧ــ ص ٧٠٥ ؛ رقم ٩ تعليقاً على نقض ٢٩/٣/١٩٢٧ و ١٩٢٨ ص ٥٢٧ ؛ رقم ٣ تعليقاً على مونتبلييه فى ٧/٣/١٩٢٨ و ١٩٣١ ص ٩٤٤ ؛ رقم ٧ تعليقاً على سين ٣٠ يونيه سنة ١٩٣١ ، لاكاس بند ٣٢٦) فقرروا أن الاستناد إلى هذه الشهادات ليس فيه ما يتعارض البتة مع التزام الأطباء بحفظ سر المهنة فضلا عن أن استبعادها يحرم المحاكم من رأى ذوى الخبرة فى تقدير حالة المريض العقلية وقت كتابة الوصية .

ولا ضير عندنا فى أن نأخذ بما انتهى إليه هؤلاء الفقهاء إذا كان تقديم الشهادة حصل برضا أحد أقارب المتوفى أو أصهاره إذ المفهوم من المادة ٧ من القانون رقم ١٤١ سنة ١٩٤٤ بشأن حجز المصابين بأمراض عقلية أنه لا مسئولية على الطبيب الذى يخبر أهل المريض بما هو مصاب به من مرض عقلى فلا يعقل أن تكون الوفاة سبباً فى سلب ما لهؤلاء من حق فى معرفة حالته . وتأييداً لذلك حكمت محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢١/٤/١٩٣٨ (مجلة التشريع والقضاء سنة ٥٠ ص ٢٥٠) بأن الطبيب لا يعتبر مفشياً لسر المهنة إن هو قدم شهادة طبية إلى أهل المريض تثبت أنه مصاب بعاهة فى عقله .

(١) مازو فى دالوز ١٩٢٧ــ١ــ١٨٦ عمود أول فقرة ٥ وعمود ٢ فقرة ٣ و ص ١٨٧ =

... قد يقال إن السر هو ما تقضي مصلحة المريض كتمانه أما إذا كانت الواقعة بحيث لا يصيب المريض أي ضرر من إفشائها فلا التزام على الطبيب بالمحافظة على سريتها ، وظاهر أن الشهادة السلبية ليس من شأنها الإضرار بالمريض . ولكن هذا التدليل غير صحيح فليس من شأن الطبيب ولا المحكمة تقدير ما للمريض من مصلحة فى حفظ السر بل الأمر فى ذلك مرجعه إلى المريض نفسه الذى له وحده أن يقدر ظروفه[1] .

فمثلا يحصل أن يصاب شخص فى حادثة فيرفع دعوى على قائد السيارة التى صدمته لمطالبته بالتعويض عن عاهة مستديمة يستحيل برؤها . بدهى أنه ليس من شأن طبيبه المعالج أن يعطى لقائد السيارة شهادة تدل على أن الحادثة لم تترك فى جسمه أى أثر فمثل هذه الشهادة تعتبر إفشاء لسر المهنة وهو ما اطرد عليه القضاء على الرغم من أن الشهادة تعتبر فى ذاتها سلبية[2] .

= عمود أول نقرة ١ ، بيرو شارمانتييه سر المهنة حدوده والتعسف فيه ص ٢٨٤ ، لوبا فى دالوز ١٩٠٣ــ١ــ٥٥٣ عمود أول نقرة ١ ، جارو جـ٦ طبعة ٣ بند ٢٣٥٠ وهامش ١٣ ص ٦٩ وبند ٢٣٥١ ٢ ص ٧٤ .

قارن بيرو فى سيرى ١٩٠٥ــ١ــ٢٣٣ § عمود أول نقرة اخيرة ؟؟ ويرى بلانيول (دالوز ١٨٩٩ــ١ــ٥٨٥ عمود ٢) أن إفشاء سر المهنة بهذا المعنى إن كان يجيز الحكم على الطبيب بالتعويض فإنه لا يجيز الحكم عليه جنائياً لأن النص لا يتسع لمثل هذا التفسير .

ويقول جارسون (م ٣٧٨ نقرة ٩٥ ؟؟) إن النتيجة التى وصلنا إليها إن كانت مستساغة من الناحية المهنية فهى لا تتمشى مع التفسير الصحيح للنصوص . فالقانون لا يعاقب إلا حيث يكون ثمة سر حصل الإفشاء به . والسرية هنا مرجعها إما إلى طبيعة المرض وإما إلى رغبة المريض المستفادة صراحة ، أو ضمناً من الوقائع والملابسات المحيطة بالمرض .

ولما كانت هذه الوقائع والملابسات قد تكون مجهولة من الطبيب فقد اضطر جارسون إلى القول بأن الطبيب لا يكون مسئولا إلا فى حدود ما يعلمه منها وبذلك يكون قد فوت قصد الشارع من إحاطة سر المهنة بسياج متين حفظاً للمصلحة العامة . وقد عز عليه أن يعتبر الطبيب مسئولا عن إفشاء وقائع لم يجر العرف بإعطائها أهمية خاصة وتناسى أن وظيفة الطبيب هى علاج المرضى لا التحدث عن أحوالهم والتشدق بما بذله من جهود فى علاجهم وأنه متى تعدى حدود مهنته فمن العدل أن يتحمل وزر تصرفاته .

(١) مازو فى دالوز ١٩٢٧ــ١ــ١٨٦ عمود ٢ نقرة ٢ ، ٣ .

(٢) فوجير ١٨٩٨/٦/٢٩ ورن ١٨٩٩/٤/٢٢ فى دالوز ١٩٠٠ــ٢ــ٢٦٣ .

و إذا كان سر المهنة يشمل كل ما يعرفه الطبيب بمناسبة ممارسته لمهنته و بسببها فإن الطبيب لا يلزم بكتمان السر الذى لا يمت بصلة إلى عمله كما لو أفضى إليه صديق بسر من هذا النوع دون أن يقصد أخذ رأيه فى العلاج[١] .

٢ — صفة من اؤتمن على السر :

من المسلم به أن المادة ٣١٠ ع عند ما ذكرت الأطباء والصيادلة والقوابل لم ترد بذلك حصر الأشخاص الذين ينطبق عليهم النص بدليل ذكرها عبارة أو غيرهم والقول بغير ذلك لا يتفق هو وقصد الشارع فى المحافظة على أسرار المهنة . فهناك أشخاص يتصلون بحكم الضرورة بالأطباء أثناء عملهم ومن مصلحة المريض نفسه أن يشرح لهم الطبيب حالته فإن كانوا فى حل من إباحة السر فقد أصبح النص قليل الفائدة إذ ما يحرم على الطبيب يمكن أن يحل لمساعديه .

ولقد اختلف الرأى فى هذه المسألة فى فرنسا ولكن محكمة النقض حكمت بأن مديرى المستشفيات ومساعدى الأطباء يعاملون معاملة الأطباء فى هذا الصدد[٢] .

والرأى عندنا أن نص المادة ٣٧٨ ع يجب أن ينطبق على كل من يعتبر أميناً على السر بحكم الضرورة[٣] و بذلك يمتد إلى كل من يتصل بالأطباء وتكون له فرصة الاطلاع على السر، فيشمل بذلك مساعدى الأطباء فنيين وغير فنيين كما يشمل الطلبة الذين يتمرنون فى المستشفيات[٤] .

---

(١) دالوز إفشاء الأسرار رقم ١٩ ، لا كاس بند ٢٧٩ ، جارسون م ٣٧٨ نقرة ٢٢ ونقرة ٩٩ .
قارن جارو ج ٦ طبعة ٣ هامش ٢٠ ص ٧٤ .

(٢) نقض ١٨٩٣/٣/١٦ دالوز ١٨٩٤ـ١ـ١٣٧ ، نقض ١٨٩٥/٣/١٤ دالوز ١٨٩٩ـ ـ٥ـ٦١٤ وسيرى ٩٥ـ١ـ٣٧٥ ، تعليق لا نزاك دى لابورى فى دالوز ١٨٩٧ـ١ـ٢٣٣ .
عكس نقض ١٨٦٤/١٢/٨ فى دالوز ٦٧ـ٥ـ٤٣١ ، جارو ج ٦ بند ٢٣٥١ ص ٧٥ .

(٣) Confident nécessaire

(٤) جارسون م ٣٧٨ رقم ٩٣ ، لا كاس التزامات الطبيب بند ٢٧٦ .

٣ — إفشاء السر :

يقصدون بإفشاء السر إطلاع الغير عليه بأية طريقة كانت بالمكاتبة أو المشافهة أو الإشارة . . . . ويتوفر هذا الركن ولو كان الإفشاء بجزء من السر[١] بل إن محكمة النقض الفرنسية حكمت بأن مجرد ذكر اسم مريضة دخلت فى مستشفى للولادة يعتبر من قبيل إفشاء سر المهنة وأنه من ثم يحق لمدير المستشفى أن يمتنع عن الإدلاء بشهادته فى هذا الصدد[٢] .

ولا يشترط أن يكون الإفشاء علنياً بل يكفى أن يكون إلى شخص واحد[٣]. فالطبيب الذى يفشى لزوجته سراً من أسرار مهنته يقع تحت طائلة العقاب ولو طلب منها كتمانه[٤]، وكذا القابلة إذا ذكرت شيئاً من هذا القبيل لزوجها . وقد نظرت قضية ضد أحد الأطباء فى انجلترا استدعى للكشف على زوجة أخيه فوجدها فى حالة إجهاض بينما كان أخوه متغيباً من مدة طويلة . رفعت الزوجة دعوى على الطبيب تطالبه بتعويض كبير لإفشاء هذا السر إلى زوجها فدفع الطبيب بأنه لما كانت هذه المسألة خاصة بشرف العائلة فإفشاؤها لأحد أفرادها مسموح به ؛ ولكن القضاء لم يعر هذه الوجهة إلتفاتاً وحكم على الطبيب بالتعويض[٥] .

---

(١) جارسون م ٣٧٨ رقم ١٤ ، جوابيه ص ٣٣٤ ، أحمد أمين طبعة ٢ ص ٥٩٥ ، جندى عبد الملك ج ٢ ص ٤٧ رقم ٨ .

(٢) نقض ١٨٩٥/٢/١٤ دالوز ١٨٩٩–٥–٦١٤ وسيرى ٩٥–١–٣٧٥ .
قارن نقض ١٨٩٣/٣/١٦ دالوز ٩٤–١–١٣٧ . ولئن بدا أن هناك تناقضاً بين الحكمين فالواقع أن هذا التناقض الظاهر ينتفى إذا عرف أنه فى القضية الأولى كانت المستشفى مخصصة للولادة فمجرد ذكر اسم المريضة يحدد طبيعة السبب الذى من أجله دخلت المستشفى بعكس الحال فى القضية الثانية حيث كانت المستشفى معدة لتعالج فيها كل الأمراض . وراجع مقالة مارسيل والين فى دالوز الأسبوعى ١٩٣٠–٦٥ .

(٣) جندى عبد الملك ج ٢ ص ٤٧ رقم ٧ ، جارسون م ٣٧٨ رقم ١٣ ، دالوز إفشاء الأسرار رقم ٢١ ، جارو ج ٦ بند ٢٣٥٢ ، جوذى شرح قانون العقوبات المصرى ج ٣ ص ٩٨٥ ، لاكاس بند ٣٨١ .

(٤) لوسيان مانش ص ٢٥٨ .

(٥) الطب الشرعى فى مصر ص ٢٣ مذكور فى محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص ٦٦٣ وأنظر قضية مدام بلايفير فى مانش ص ٢٢٨ .

ولا يباح الإفشاء ولو كان من طبيب إلى طبيب والحكمة فى هذا أن المريض لم يأتمن أى طبيب على سره وإنما ائتمن طبيباً معيناً[(١)] بل إن الإفشاء لا يباح ولو انصب على واقعة أصبحت معروفة للكافة وهو ما حكمت به محكمة النقض الفرنسية فى ١٩/١٢/١٨٨٥[(٢)]، وقد ذكر المستشار تانون مقرر المحكمة فى هذه القضية أن الطبيب لا يحق له أن يستند لتبرير سلوكه إلى أن السر أصبح معروفاً للعامة إذ أن محيط العامة وأقوال الصحافة لا يعتمد عليها كثيراً ومن الناس من لا يصدق روايتها أما إذا تقدم الطبيب المعالج وأفشى السر فإنه بهذا يؤكد الرواية ويحمل المترددين على تصديقها[(٣)] .

ومن صور الإفشاء كتابة أسماء المرضى فى كتب الطب أو فى المقالات وهو ما قضت به محكمة استئناف بوردو إذ قررت أن الطبيب يعتبر مسئولا إذا نشر صورة فوتوغرافية لمريض فى مؤلفه[(٤)]، فللطبيب أن يمثل بالوقائع ولكن عليه ألا يشير إلى أسماء أو صفات تستنتج منها شخصية المريض[(٥)] .

---

(١) نقض ٩ مايو سنة ١٩١٣ سيرى ١٩١٤—١—١٦٩ وتعليق رو، بيتل ص ١٩٦، مازو فى دالوز ١٩٢٧—١—١٨٦ فقرة أخيرة .

(٢) سيرى ١٨٨٦—١—٨٦ وتقرير تانون ص ٨٨ عمود أول ، تعليق لوبواتيفان على نقض ٩/٤/١٨٩٥ فى سيرى ٩٦—١—٨١ فقرة ٣ عمود أول .

(٣) بيزانسون ٢٣/٥/١٨٨٨ سيرى ٨٨—٢—١٢٨، جارو ج ٦ طبعة ٣ بند ٢٣٥٠ وهامش ١٦ ص ٧٠ ، نقض ٢٧/٦/١٩٣١ سيرى ١٩٣٢—١—٣٧، نقض ١٧/٦/١٩٢٧ دالوز الأسبوعى ١٩٢٧—٤٣٣ ، اكس ١٩/٣/١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣—٢—٤٥١ .

قارن جارسون م ٣٧٨ نقرة ٢٤ .

عكس دويه ٢٧/٦/١٩٣٠ سيرى ١٩٣٢—٢—٦ ، دالوز إفشاء الأسرار رقم ٢٢ ، لاكاس بند ٢٨٠ ، ٣٣٠، نقض ٣٠/٤/١٩٠٧ دالوز ١٩٠٩—١—٢٧٠ .

(٤) بوردو ٥/٧/١٨٩٣ دالوز ١٨٩٤—٢—١٧٧ وفى النقض ٩/٤/١٨٩٥ سيرى ٩٦—١—٨١، بيزانسون فى ٢٣/٥/١٨٨٨ سيرى ١٨٨٨—٢—١٢٨ .

(٥) مانش ص ٢٦٠، جارو ج ٦ طبعة ٣ ص ٧٣ فى الهامش ، لاكاس بند ٣٣١ ، بوردو ٥/٧/١٨٩٣ دالوز ١٨٩٤—٢—١٧٧، لوبا فى دالوز ١٩١٠—٢—١٢١ عمود ٢ فقرة ٣، جارسون م ٣٧٨ بند ١٢، جندى عبد الملك ج ٢ ص ٤٦ رقم ٦، لوبواتيفان فى سيرى ١٨٩٦—١—٨١ عمود أول .

وليس فيما قررناه ما يتعارض هو وتقدم العلوم الطبية فإذا كان تقدم هذه العلوم مرهوناً ببحث الحالات الجديدة أو الشاذة التى تعرض على الأطباء فليس يعنيها بوجه عام معرفة أشخاص المرضى أو أسمائهم .

حقاً إن هناك أحوالا يتحتم البحث فيها عن الأسباب الوراثية للمرض أو الظروف المعيشية التى أدت إليه بل إن هناك أحوالا لا غنى فيها عن تصوير المريض وموطن الداء من جسمه ولكن الرغبة فى خدمة العلم يجب أن تسمو على الاعتبارات التى من أجلها تقرر الاحتفاظ بسر المهنة[1] .

٤ — القصد الجنائى :

مجرد الإفشاء مع العلم به كاف لتوفر هذا الركن . والقانون لا يكتفى فى العقاب بأقل من هذا ، فلا يعاقب على الإفشاء إذا حصل بإهمال أو عدم احتياط من الطبيب الذى يترك فى مكان غير أمين معلومات سرية عن أحد مرضاه فيطلع عليها الغير عرضاً[2] . ولكن عدم مسئولية الطبيب جنائياً فى هذه الحالة لا يمنع من الحكم عليه بالتعويض إذا ما ترتب على إفشاء السر ضرر بالمريض أو ذويه[3] .

ولم يشترط القانون الجنائى أكثر من تعمد الإفشاء فليس يلزم أن يكون الطبيب مدفوعا فى ذلك بنية الإضرار . ولقد جرت محكمة النقض الفرنسية فى أول الأمر على استلزام نية الإضرار يؤيدها فى ذلك بعض الشراح[4] بحجة أن المادة ٣٧٨/٣١٠ع وردت فى باب القذف والسب وهاتان الجريمتان تستلزمان نية الإضرار .

---

(١) لوبواتيفان فى سيرى ١٨٩٦ـ١ـ٨١ .

(٢) جارسون م ٣٧٨ نقرة ٣١ ، أحمد أمين ص ٦٠٠ ، جندى عبد الملك ج ٢ رقم ١٧ ص ٥٠ ، جارو ج ٦ بند ٢٣٥٢ ، لوبواتيفان فى سيرى ١٨٩٦ـ١ـ٨١ ، عمود ٢ فقرة ٢ ، باريس ١٨٨٥/٥/٥ سيرى ٨٥ـ٢ـ١٢١ .

(٣) لوبواتيفان المرجع السابق نقرة ٣ عمود ٣ ص ٨١ نا كيه فى سيرى ١٩١٩/١٨ـ١ـ١١ عمود أول نقرة أخيرة ، لاكاس بند ٢٨٢ .

(٤) نقض ١٨٣٠/٧/٢٣ مذكور فى تعليق إدمون فيلى على باريس ١٨٨٥/٥/٥ فى سيرى ٨٥ـ٢ـ١٢١ ، نقض ١٨٦٤/١١/٢١ المجموعة الجنائية رقم ٢٩٨ ، جيوفو فيلى ج ٥ فقرة ١٨٧٢ دالوز إفشاء الأسرار بند ٣٣ .

وفضلا عن أن القياس لا يؤخذ به فى نطاق القانون الجنائى إذا كان من شأنه الإضرار بالمتهم فليس صحيحاً أن نيـة الإضرار مشترطة فى جريمتى القذف والسب[١] لذلك عدلت محكمة النقض الفرنسية عن اشتراط نيـة الإضرار بحكمها الشهير فى قضية واتليه . وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن الدكتور واتليه نشر فى جريدة الماتان بعددها الصادر فى ١٤ديسمبر سنة١٨٨٤ تصحيحاً لما ذكرته جريدة فولتير عن وفاة أحد حرفائه ليدفع عن نفسه بذلك مسئولية أدبية . ولـكنه فى دفاعه ذكر وقائع كان قد ائتمنه عليها المتوفى مما عدته المحـكمة إفشاء لسر المهنة الطبيـة تنطبق عليه المادة ٣٧٨ع . وقد ردت المحـكمة على دفاعه بأن نص المادة ٣٧٨ ع نص مطلق يجب تطبيقه بغض النظر عن نية الإضرار وهو ما يستنتج من عبارة المادة ومن الروح التى صيغت بها .. وبأن المشرع قصد بها تأمين الثقـة وتوفير الطمأنينة للعائلات ضد كل من تحدثه نفسه بإفشاء سر اضطر المريض إلى الإباحة به .. وبأنه يكفى لتطبيق المادة أن يحصل الإفشاء عن مجرد العلم[٢] .

ومنذ أن صدر ذلك الحـكم والقضاء يكاد يكون مستقراً على عدم اشتراط نية الإضرار[٣] ومن ثم فإن الطبيب يعاقب على إفشاء سر المهنة ولو كان مدفوعاً

---

(١) أحمد أمين ص٥٣٠ و ٥٦٠ ، وراجع فى تطور القضاء المصرى فى هذا الموضوع دكتور محمد مصطفى القللى بك فى المسئولية الجنائية ص ١٣٤ ؟؟ .

(٢) سين فى ١٨٨٥/٣/١١ باريس ١٨٨٥/٥/٥ سيرى ٨٥ـ٢ـ١٢١ وتعليق إدمون فيلى ، نقض فى نفس القضية ١٨٨٥/١٢/١٩ داللوز ٨٦ـ١ـ٣٤٧ وسيرى ٨٦ـ١ـ٨٦ وتقرير تانون .

(٣) بيزانسون ١٨٨٧/٢/١٧ داللوز١٨٩٩ـ١ـ٥٨٦ هامش ١وسيرى ٨٧ـ٢ـ٩٤، بوردو ١٨٩٣/٧/٥ داللوز١٨٩٤ـ٢ـ١٧٧سيرى ٩٦ـ١ـ٨٤ وفى النقض١٨٩٥/٤/١٩ سيرى ٩٦ـ١ـ٨١ وتعليق لوبواتيفان، نقض١٩٠١/١١/٩سيرى١٩٠٤ـ١ـ٢٠٢، نقض ١٩١٣/٥/٩ داللوز ١٩١٤ـ١ـ٢٠٦ سيرى ١٩١٤ـ١ـ١٦٩ وتعليق رو. وفى نفس المعنى الذى انتهى إليه القضاء راجع ، إميل تيلو المجلة الفصلية ١٩٣٢ ص ١٢٠٢، أحمد أمين ص٥٩٨ ، ليجريس فى داللوز ١٨٩٦ـ٢ـ٥٢٣ عمود أول فى الآخر ؟؟ ناكيه فى سيرى ١٩١٩/١٨ـ١ـ٩عمود٢ نقرة٤، مازوفى داللوز١٩٢٧ـ١ـ١٨٧ عمود أول نقرة أخيرة ، لوبا فى داللوز ١٩٠٣ـ١ـ٥٥٣ عمود أول نقرة أولى وص ٥٥٥ عمود أول نقرة ٣ وفى داللوز ١٩١٠ـ٢ـ١٢١ عمود ٢ نقرة٢ ، جارسون م٣٧٨ رقم ٢٩ و ٣٠ ، جارو جـ ٦ رقم ٢٣٥٢، لاكاس بند ٢٨٣ .

إلى ذلك بالرغبة فى خدمة العلم[1].

إذا توافرت هذه الأركان أعتبر الطبيب مسئولا ، ولكن هناك أحوالا يلزم فيها الطبيب أو يخول له إفشاء السر دون أن يقع تحت طائلة العقاب وهذا ما سنعالجه فى المبحث التالى :

ثانياً — مبررات الإفشاء :

١ — رضاء صاحب السر بإفشائه :

نصت المادة ٢٠٦ من قانون المرافعات على أنه يجب على الأشخاص المذكورين فى المادة ٢٠٥ أن يؤدوا الشهادة عن الأمور والتوضيحات المتقدم ذكرها إذا طلب منهم ذلك من بلغها إليهم .

والنص قاصر على أداء الشهادة ، ولكنه يقرر مبدأ عاماً وهو أن الإذن بالإفشاء يرفع واجب الكتمان[2]، و يلاحظ أن القانون جعل أداء الشهادة واجباً فى هذه الحالة بمعنى أن الطبيب يلزم بأداء الشهادة و إلا أعتبر ممتنعاً عن أدائها واستحق العقاب المقرر فى المادة ١٦٩ من قانون تحقيق الجنايات .

ولا يوجد فى فرنسا ما يقابل نص المادة ٢٠٦ مف مما دعا إلى اختلاف الشراح ، فيرى جارو ومعه بعض الأحكام أن الالتزام بحفظ السر التزام مطلق وأن تحريم الإفشاء أمر متعلق بالنظام العام ، فلا يملك صاحب السر رخصة إباحته[3].

---

(١) بوردو ١٨٩٣/٧/٥ دالوز ١٨٩٤—٢—١٧٧ وسيرى ١٨٩٦—١—٨٤ ، وفى النقض عرائض ١٨٩٥/٤/٩ سيرى ١٨٩٦ — ١ — ٨١ وتعليق لوبواتيفان ، رو فى سيرى ١٩١٤—١—١٧٠ عمود أول نقرة ٣ ، بيزانسون ١٨٨٨/٥/٢٣ سيرى ٨٨—٢—١٢٨.

(١) أحمد أمين ص ٦٠٥؛ جندى عبد الملك جـ٢ ص٥٧ رقم ٣٢، قارن سم ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ مجموعة القضاء والتشريع ٢٤—١٩٢٥ ص٦٩ .

(٢) جارو جـ٦ طبعة ٣ بند ٢٣٥٣، التعليق على ليون ١٩٠٩/٦/١٦ فى دالوز ١٩١٠—٢—١٢٣ خاصة عمود ٢ فقرة أخيرة ، بورديون مذكور فى تعليق لوبا فى دالوز ١٩٠٥—٢—٣٢٢ عمود أول نقرة أخيرة ، نقض ١٨٤٤/٥/١١ سيرى ١٨٤٤—١—٥٢٧ (الحكم خاص بمحام) ، جرينوبل ١٨٨٢/٥/٢٤ سيرى ١٨٨٤—٢—٤٨ (والحكم خاص بقس) ،=

ويضيف بروواردل [1] إلى ذلك أن صاحب السر لا يدرك ماهيته ولا مداه ، فهل ينصب تصريحه بالإفشاء على ما يعرفه وما عهد به إلى الطبيب أو يمتد إلى ما وراء ذلك مما تبين للطبيب أو استنتجه وظل مجهولا لديه . فإذا صاح المريض في وجه الطبيب أن قل الحقيقة فأية حقيقة يذكرها ، ولو عرف المريض ما يستطيع الطبيب أن يقوله لما فكر في الترخيص له بالإفشاء .

ولكن الرأى الذى انعقد عليه إجماع أغلب الفقهاء [2] هو أن لصاحب السر أن يبيح للطبيب إفشاءه ما دام هو صاحب المصلحة الأولى في الكتمان وما دام في استطاعته أن يذيع بنفسه ما حظر على الطبيب إذاعته ، والأطباء لا يتعرضون في ذلك لأن يفقدوا ثقة مرضاهم ما دامت إذاعة السر معقودة برضاهم .

وقد جرى القضاء الفرنسي بوجه عام على الأخذ بهذا الرأى منذ أواخر القرن الماضي [3] فأعطى للمريض الحق إذا كان بالغاً ولوالده إذا كان قاصراً في أن يطلب

= سين ١١/٣/١٨٨٥ وباريس ٥/٥/١٨٨٥ سيرى ١٨٨٥—٢—١٢١ ، بيزانسون ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٧ سيرى ١٨٨٧—٢—٩٤ ، جنايات كوت جارون ١٥/١٢/١٨٨٧ جازيت باليه ١٨٨٨—١—١٢٩ ، نقض ٩/٤/١٨٩٥ سيرى ٩٦—١—٨١ ، نقض ٩/١١/١٩٠١ سيرى ١٩٠٤—١—٢٠٢ ، إكس ١٩/٣/١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣—٢—٤٥١ ، رين ١٢ يونيه سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٥—٢—٣٢١ وتعليق لوبا ص ٣٢٢ عمود أول نقرة ٤ ، نقض ٩ مايو سنة ١٩١٣ سيرى ١٤—١—١٦٩ ، پو ٢٠/٦/١٩٢٥ جازيت باليه ٢٥—٢—٧٢٣ ، نقض جنائى ٨/٥/١٩٤٧ دالوز الأسبوعى ١٩٤٨—١٠٩ وسيرى ١٩٤٧—١—١٠٦ والتعليق مع الحكم .

قارن بلانيول (دالوز ١٨٩٩—١—٥٨٥ عمود ٢) وهو يرى أن رضاء المريض يجعل الطبيب بمعزل عن المسئولية الجنائية . وهو في ذلك يميل إلى التفرقة بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية بدعوى أن نص المادة ٣٧٨ع أضيق من أن يتسع لما آل إليه تطور القضاء المدني في المسئولية عن إفشاء سر المهنة .

(١) بروواردل السر الطبي ص٥٢ ، ٧٠ .

(٢) مازو في دالوز ١٩٢٧—١—١٨٥ عمود أول ، جارسون م ٣٧٨ رقم ٧٨ ، إسمان في سيرى ١٩٠١—١—١٦١ ، لاكاس بند ٢٨٤ ، تاكيه في سيرى ٢٨/١٩١٩—١—٩ عمود ٣ ص ١٠ ، لوبواتيفان في سيرى ١٨٩٦—١—٨٢ عمود أول الفقرة الأخيرة ؟

(٣) هافر ٣٠/٧/١٨٨٦ سيرى ٨٧—٢—٦٩ ، بوردو ٥/٧/١٨٩٣ سيرى ١٨٩٦—١—٨٤ تحت نقض ٩/٤/١٨٩٥ وفي دالوز ١٨٩٤—٢—١٧٧ ، فوجير ٢٩/٦/١٨٩٨

إلى الطبيب إفشاء نوع المرض . بل إن بعض الأحكام أباحت ذلك ولو كان الإذن ضمنيا بأن استنتجه الطبيب من مجموع الظروف[1] ، إنما يشترط أن يكون الرضاء صحيحاً وصادراً عن بينة[2] ؛ ومن أجل ذلك تشككت المحاكم فى قيمة الإذن الصادر من المؤمن على حياته لطبيبه المعالج فى أن يبيح للشركة كل ما يتعلق بأسباب وفاته فمثل هذا الإذن لم يصدر عن بينة لأنه متعلق بالضرورة بمرض مستقبل يجهله المريض وقت الإذن[3] .

وليس رضاء المريض بملزم الطبيب بأن يفش سر المهنة فله أن يقدر أن مصلحة المريض فى أن يظل جاهلا حقيقة حالته[4] ورضاء المريض بإذاعة السر حق شخصى

= تحت رن ٢٢/٤/١٨٩٩ سيرى ١٩٠١ــ٢ــ١٠٨ ، بيزانسون ٧/٦/١٨٩٩ سيرى ١٩٠١ــ٢ــ١٠٨ ، ليون ١٦/٦/١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ــ٢ــ١٢٣ ، نقض ٢٦/٥/١٩١٤ سيرى ١٨/١٩١٩ــ١ــ٩ ودالوز ١٩١٩ــ١ــ٥٦ ، نقض ١٦/٧/١٩١٤ سيرى ١٨/١٩١٩ــ١ــ١٢ ، أورليان ١٩/١١/١٩٢٩ دالوز الأسبوعى ١٩٣٠ــ٧٦ .

عكس نقض ٨ مايو سنة ١٩٤٧ دالوز الأسبوعى ١٩٤٨ــ١٠٩ وسيرى ١٩٤٧ــ١ــ١٠٦

(١) ليون ١٦/٦/١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ــ٢ــ١٢٣ . وينتقد دالوز هذا الحكم بحجة أنه يضع مصلحة المرضى تحت رحمة الأطباء ويجعل تقرير مسئولية الأطباء رهنا بتقدير المحاكم ، دويه ٢٨/٤/١٩١٣ دالوز ١٩١٩ــ١ــ٥٦ تحت نقض ٢٦/٥/١٩١٤ والتعليق .

قارن لوبواتيفان فى سيرى ١٨٩٦ــ١ــ٨٢ عمود ٣ فقرة ٣ .

(٢) جلوسون م ٣٧٨ فقرة ٨٣ .

(٣) بيزانسون ١٧/٢/١٨٨٧ دالوز ١٨٩٩ــ١ــ٥٨٦ هامش ١ وفى سيرى ١٨٨٧ــ٢ــ٩٤ ، تعليق إسمان فى سيرى ١٩٠١ــ١ــ١٦٤ عمود ٣ ، بيتل ص ١٧٠ .

قرب هافر ٣٠/٧/١٨٨٦ سيرى ٨٧ــ٢ــ٦٩ .

عكس مانش ص ٣٠٥ ، لاكاس بند ٣٢٥ ، بالمارى ص ٢٦٦ .

(٤) مازو دالوز ١٩٢٧ــ١ــ١٨٥ عمود أول ، ناكيه فى سيرى ١٨/١٩١٩ــ١ــ٩ راجع ص ١٠ عمود ٣؛؛ وهو يميل إلى القول بأن الطبيب يلزم أدبياً بالكلام إذا دعاه المريض إلى ذلك ص ١١ عمود ١ فقرة ٢ ، لاكاس بند ٢٨٤ ، بيير جولفف دالوز الأسبوعى ١٩٤٨ــ١٠٩ تحت نقض ٨/٥/١٩٤٧ أنظر ص ١١١ عمود أول ، لوبواتيفان فى سيرى ١٨٩٦ــ١ــ٨٢ عمود ٢ فقرة أولى ، جلوسون م ٣٧٨ فقرة ٨٠ ، ٨١ ، ١٠٤ .

قرب هافر ٣٠/٧/١٨٨٦ سيرى ٨٧ــ٢ــ٦٩ . ونحن لا نستثنى من ذلك إلا حالة ما إذا دعا المريض الطبيب لأداء الشهادة كنص المادة ٢٠٦ مف

قاصر عليه[١]. فلا ينتقل بوفاته إلى ورثته ولا يحق للطبيب أن يذيع سراً اعتماداً على تصريح الورثة له بذلك[٢].

٢ — افشاء السر لمصلحة المريض نفسه :

قد تقتضى مصلحة المريض نفسه أن يشرح الطبيب حالته لذويه أو القائمين بأمره حتى تكون عنايتهم به على النحو الذى يتفق هو وطبيعة المرض[٣] والطبيب فى ذلك لا يتعرض لأية مسئولية لأن المفروض أن المريض قد أذن له بالإفشاء[٤]

ولما كان الإذن الضمنى هو الذى يبرر عدم مسئولية الطبيب عن الإفشاء فى فى هذه الحالة فقد قيل إنه يتحتم على الطبيب أن يكتم السر عن أهل المريض إذا دعاه المريض نفسه إلى ذلك أو كانت ظروف المرض أو طبيعته مما يفترض معها عدم رضاء المريض بالإفشاء ، كحالة الحمل سفاحاً .

---

(١) هافر ١٨٨٦/٧/٣٠ سيرى ٨٧—٢—٦٩ ، نقض ١٩١٣/٥/٩ دالوز ١٩١٤—١—٢٠٦ وسيرى ١٩١٤—١—١٦٩ وتعليق رو ، ليجريس فى دالوز ١٨٩٦—٢—٥٢٣ عمود١، بيير جولف دالوز الأسبوعى تحت نقض ١٩٤٧/٥/٨ ص١١١ عمود أول سنة١٩٤٨، نوبواتيفان فى سيرى ١٨٩٦—١—٨٢ عمود ٣ فقرة ٣، لاكاس بند ٥٨٥ ، بلانيول تحت نقض ١٨٩٩/٥/١ دالوز ١٨٩٩—١—٥٨٦ عمود ١ ، مازو تحت نقض ١٩٢٧/٣/٢٩ دالوز ١٩٢٧—١—١٨٥ عمود ١ .

(٢) هافر ١٨٨٦/٧/٣٠ سيرى ٨٧—٢—٦٩ ، بيزانسون ١٨٨٧/٢/١٧ دالوز ١٨٩٩—١—٥٨٦ هامش ١ و سيرى ٨٧—٢—٩٤ ، بيزانسون ١٨٩٩/٦/٧ دالوز ١٩٠٠—٢—٤٠٧ وسيرى ١٩٠١—٢—١٠٨ ، نقض ١٩٢٧/٣/٢٩ دالوز ١٩٢٧—١—١٨٥ وتعليق مازو ، مونتبلييه ١٩٢٨/٣/٧ جازيت باليه ١٩٢٨—٢—١٥٨ ، لاكاس بند ٢٨٥ و٣٢٥، بلانيول فى دالوز ١٨٩٩—١—٥٨٦ .

قارن أورليان ١٩٢٩/١١/١٩ دالوز الأسبوعى ١٩٣٠—٧٦ والحكم وإن أجاز لوالد المريضة بعد وفاتها أن يحل الطبيب من التزامه بحفظ سر المهنة فما ذلك إلا لأنه كان يملك هذا الحق حال حياتها لأنها كانت قاصرة.

عكس جارسون م ٣٧٨ فقرة ٨٩ ، ديموج المجلة الفصلية سنة ١٩٠٧ ص٦١٢ .

(٣) جارسون م٣٧٨ فقرة ١٣٧ ، التعليق على نقض ١٨٩٧/٧/١٣ فى سيرى ٩٨—١—٢٢٠ ، لاكاس بند ٣١٦ .

(٤) جارسون م ٣٧٨ فقرة ١٣٧ .

على أنه إذا كان المريض قاصراً فإن الطبيب يعتبر مسئولا إن لحقه ضرر بسبب تسكتمه على ما به من مرض[١]. وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان المريض مصاباً بعاهة فى العقل فإن الطبيب لا يعتبر مفشياً لسر المهنة إذا أعطى لأهله أو للسلطة العامة شهادة تثبت حالته.[٢].

٣ — افشاء السر لمصلحة الطبيب :

قضت محكمة باريس فى قضية واتليه بأن إفشاء السر لا يباح ولو كان القصد منه درء مسئولية أدبية[٣]، كذلك لا يباح للطبيب أن يفشى سراً بقصد الحصول على أتعابه إلا لضرورة و بالقدر اللازم لبيان مدى الجهود التى بذلها إذ عليه أن يوفق بين الدفاع عن مصالحه و بين التزامه بحفظ سر المهنة[٤]، وقد حكمت محكمة هامبورج على طبيب بالعقاب لأنه فى سبيل الحصول على أتعابه سلم إلى محاميه رسائل وصلته من زوج المدعية الذى كان يعالجه وتوفى ، وكانت هذه الرسائل تحتوى على معلومات تهم الزوجة مما اعتبرته المحكمة من أسرار المهنة . وقالت

---

(١) جارسون م٣٧٨ فقرة ١٣٨ ، لاكاس بند ٣٢٠ .

(٢) سم ٢١/٤/١٩٣٨ مجلة التشريع والقضاء سنة ٥٠ ص٢٥٠ والحكم فيما ذهب إليه يتفق مع ما هو مفهوم من نص المادة ٧ من ق رقم ١٤١ سنة ١٩٤٤ .

(٣) باريس ٥ مايو سنة ١٨٨٥ والحكم الابتدائى فى ١١/٣/١٨٨٥ سيرى ١٨٨٥—٢—١٢١ ودالوز ٨٦—١—٣٤٧ تحت حكم النقض فى نفس القضية ، إكس ١٩/٣/١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣—٢—٤٥١ ، رو فى سيرى ١٩١٤—١—١٧٠ عمود أول فقرة ٣، دالوز فى تعليقه على أميان ١٢/٣/١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢—٢—٤٩٣ عمود أول .

(٤) لاكاس بند ٢٨٦ ، ويرى مازو (فى دالوز ١٩٢٧—١—١٨٧ عمود أول) أنه لا يباح للطبيب أن يفشى سر المهنة أصلا بقصد الحصول على أتعابه، وهو يرى أن القضاء إطرد على هذا ولذلك فهو ينتقد حكم مجلس ديوان المديرية الصادر فى ٢٧/٥/١٩٢٧ (دالوز ٢٧—١—١٨٦ هامس ١) الذى رفض أن يعطى الطبيب أتعابه لأنه لم يكشف عن تشخيصه لمرض من قام بعلاجه .

قارن سين ١١/٥/١٨٦٤ Juris. Classeur. civil م ٨٢—١٣٨٣ المسئولية الطبية رقم ١٣٥ ، جارسوم٣٧٨ رقم ١٣٥ ،تعليق دالوز على أميان١٢/٣/١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢—٢—٤٩٣ عمود أول .

المحكمة فى حيثيات حكمها إن نص المادة ٣٠٠/٣١٠ع وضع لصالح عام فلا يجوز للطبيب فى سبيل مصلحته المادية أو الشخصية أن يخالفه ولو كان حسن النية[١].

ولكن إذا رفعت على الطبيب دعوى لمطالبته بالتعويض عن أضرار منسوبة إلى خطئه ، فيبدو أن حقه فى الدفاع من نفسه يبيح له أن يخل بالتزامه بحفظ سر المهنة[٢]، ومن باب أولى يجوز له أن يفشى السر لدرء المسئولية الجنائية عن نفسه

---

(١) مذكور فى محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص٦٦٧ وراجع بروكسل فى ٢٨ مارس سنة ١٩٠٠ فى نفس المعنى هامش ٣ من نفس المرجع ص ٦٦٧ .

(٢) جارسون م ٣٧٨ رقم ١٣٦ ، لاكاس بند ٢٨٦ .

عكس مانش ص ٢٥٠ ، وأميان ١٢/٣/١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ —٢—٤٩٣ ، ومحمود محمود مصطفى المرجع السابق ص ٦٦٦ ، وهو يذهب إلى أن الإفشاء لا يجوز ولو كان القصد منه درء مسئولية مدنية ، ويذكر أن القضاء الفرنسي جرى على الحكم على الطبيب بتعويض الأضرار التى ترتب على سكوته رغم أنه يلزمه بهذا السكوت ويرتب عقاباً على مخالفته. فقد حكم بأن الطبيب الذى يستدعى للكشف على طفل حديث العهد بالولادة فيجد به علامات الزهرى ثم لا ينبه الظئر إلى ذلك مكتفياً بدواء يتركه لها وللطفل يعتبر مسئولا عن تعويض الظئر عن العدوى التى انتقلت إليها بمقتضى نص المادة ١٣٨٢/١٥١ . ويعلق الدكتور محمود محمود مصطفى على هذا الحكم بأنه حكم غريب يظهر فيه التعارض بين التزامين أحدهما جنائى والآخر مدنى ويزيد فى غرابته أنه تطبيق سليم للقانون .

ونحن نرى أن القضاء الفرنسي إذا كان قد جرى حقاً على الحكم على الطبيب بالتعويض فى مثل هذه الحالة فما ذلك إلا لأنه اعتبر السكوت خطأ سلبياً يوجب المسئولية طبقاً للمادة ١٣٨٢/١٥١م دون أن يقصد أن الطبيب يتعرض للمسئولية إذا هو نبه الظئر لمرض الطفل ، فإنا سنرى أن حالة الضرورة وأركانها متوافرة فى هذه الحالة إنما تبرر له الإفشاء .

وإذ شعر الدكتور محمود محمود مصطفى بأن رأيه يؤدى إلى حرمان الطبيب من كل وسيلة لإثبات براءته فقد أضاف (المرجع السابق ص ٦٦٧) بأنه إذا لم يكن للطبيب أن يفشى السر لدرء المسئولية عن نفسه فله على العكس أن يدفع بالتزامه بالكتمان لدرء هذه المسئولية ، بل إن له أن يستند إلى هذا الالتزام للمطالبة بالتعويض ، فقد حصل أن طبيباً أجرى عملية جراحية لفتاة فاتت على أثرها ، فرفع والدها دعوى يطالب فيها الطبيب بالتعويض على أساس أنه تسبب بإهماله فى وفاة ابنته إذ ترك لفافة من القطن ببطنها فلما سئل الطبيب عن التهمة نفى ما عزى إليه ودفع بأن المادة ٣٧٨/٣١٠ ع تحول دون ذكره للأسباب الحقيقية التى أودت بحياة الفتاة وطلب من المحكمة أن تحكم له بالتعويض لأن المدعى شهر بسمعته فأجابته المحكمة لكل ما طلبه (أميان ١٢/٣/١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢—٢—٤٩٣) .

وفضلا عن أن الحكم الذى أشار إليه الدكتور محمود محمود مصطفى لم يقصد أكثر من =

وإلا تجرد من كل وسيلة لإثبات براءته[١] .

٤ — اباحة السر فى حالات الضرورة :

كثيراً ما تطرأ ظروف يضطر فيها الطبيب إلى إفشاء سر حصل عليه بطريق مهنته ويثار هذا البحث غالباً بصدد عقود الزواج كما إذا أتيحت لطبيب فرصة فحص أحد الخطيبين فوجده مصاباً بالزهرى ، فهل يلزم بكتمان هذا الأمر عن الطرف الآخر مع ما يترتب على ذلك من نتائج خطيرة بالنسبة لحياة الأسرة المستقبلة.

اختلف الشراح فى هذه المسألة ففريق يرى أن نص المادة ٣١٠ع مطلق لم يرد عليه أى قيد ومن ثم لا يباح للطبيب أن يخالف أحكامه . ويأخذ القضاء الفرنسى بهذا الرأى . فقد حكم بأن الطبيب الذى يكشف لوالدى الفتاة مرض خطيبها فيفسد بذلك مشروع الزواج يعتبر مفشياً لسر المهنة ومسئولا عما أصاب المريض من أضرار من جراء ذلك[٢] .

وكذلك اعتبر القضاء إفشاء لسر المهنة الطبية إخبار الطبيب لزوجة المريض

= التشدد فى تلمس أسباب المسئولية بالنسبة للطبيب الذى يحرمه التزامه بحفظ سر المهنة من الإدلاء بأسباب براءته فإن النتيجة التى يستخلصها منه الدكتور محمود محمود مصطفى لا يمكن قبولها لأنها تنطوى على إنكار المسئولية الطبية وتقويض أركانها وإلا فكيف يستطيع القاضى أن يتلمس أسباب تلك المسئولية إذا كان فى إستطاعة الطبيب دائماً أن يدفعها عن نفسه بالالتزام بحفظ سر المهنة .ولعل الذى اضطر الدكتور محمود محمود مصطفى إلى انتحال هذا الرأى هو شعوره بالحرج من تجريد الطبيب من حقه الطبيعى فى الدفاع عن نفسه بإلزامه بحفظ سر المهنة حتى إذا رفعت عليه الدعوى العمومية .

(١) نقض جنائى ١٩١٦/٣/٢٣ فى ال Juris Classeur civil م٨٢–١٣٨٣ المسئولية الطبية رقم ٢٧٠ ، التعليق على أميان فى ١٩٠٢/٣/١٢ دالوز ١٩٠٢–٢–٤٩٣ ، جارسون م ٣٧٨ رقم ١٣٦ ، لاكاس بند ٢٨٦ .

(٢) سين ١٩٠١/٧/١١ Juris Classeur civil م ٨٢–١٣٨٣ المسئولية الطبية رقم ١/٢٧٨، رو فى سيرى ١٩١٤–٢–١٧٠ عمود أول نقرة ٤ وهو يقول إنه إذا كان على الطبيب واجب أدبى فى أن يمنع حصول الزواج فإن هذا الواجب لا يرقى إلى حد الالتزام القانونى حتى تمكن الموازنة بينه وبين الالتزام بالاحتفاظ بسر المهنة. جارسون م ٣٧٨ فقرة ١٤٠، هاى المسئولية المدنية للأطباء ص ١٧٠ .

بأن زوجها مريض بمرض معد وتحذيره إياها من مواقعته[١] .

ويرى نفر آخر من الشراح أن إفشاء السر مباح فى هذه الحالات وأمثالها لأن القانون يرمى إلى كتمان السر حيث لا يوجد مسوغ شرعى يبيح الإفشاء، أما هنا فالطبيب يتنازعه واجبان وهو مطلق التصرف فى إيثار أحدهما على الآخر[٢] .

ويشير الدكتور جيد إلى أن واجب الطبيب نحو الإنسانية يحتم عليه إفشاء السر، ويضيف إلى ذلك قوله «لو فرض ومرت على حالة خطيب مصاب بالزهرى فى درجة يستحيل برؤها فكيف أستطيع الصمت وأنا أشاهد جناية ذلك الرجل الذى لم يستمع إلى نصحى وهو يوشك أن ينقل العدوى إلى فتاة بريئة وأطفال لا ذنب لهم فيهدم عائلة مستقبلة . إننى لا أعتقد أن شجاعتى كافية لارغامى على إطاعة القانون فى هذا الصدد ولن أتردد فى أن أقول لوالد الفتاة — لا تعط ابنتك لهذا الرجل — ولا أزيد على ذلك حرفا . ولا أعتقد أنى أكون بذلك قد أفشيت سرا . ولو فرض جدلا وقدمت للمحاكمة فسأنادى محذراً الآباء من مثل هذه العاقبة . ولا أعتقد أن العدالة تخذلنى إلى حد الحكم على بالعقاب»[٣] .

ولقد كان لمثل هذه الآراء صداها فى عالم الفقه فوجد الشراح المخرج فى نظرية الضرورة[٤]، ويقول لوسيان مانش فى ذلك إن ضرورة الإفشاء هى التى تحدد

---

(١) سانت اتين ١٩٠٧/١٢/٢ مجلة القانون فى ١٩١٠/١٢/٧ ، لاكاس بند ٣١٩. عكس نقض ١٨٩٧/٧/١٣ فى الأسباب سيرى ١٨٩٨—١—٢٢٠ .

(٢) مانش ص ٢٤٩ .

(٣) نقلا عن محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص ٦٦٩ .

(٤) والمقصود بالضرورة هنا هو حالة الضرورة بمعناها العام فإذا كان الأصل أن الخطر الداهم الذى يقصد إلى توقيه فى حالة الضرورة لا يكون للمضرور يد فى إحداثه بعكس الحال فى الدفاع الشرعى حيث يكون المضرور هو بذاته محدث ذلك الخطر فإنه يحصل أحياناً أن حالة الضرورة تختلط بحالة الدفاع الشرعى إذا كان العمل الضار لم يدفع إليه خطر خارجى وإنما استلزمه خطر صادر من المضرور نفسه . ففى مثل هذه الحالة تنتفى المسئولية بتاتاً ويكون للضرورة حكم الدفاع الشرعى من هذا الوجه (أنظر فى ذلك المذكرة التفسيرية لمشروع تنقيح القانون المدنى ج ٢ ص١٨٧ وراجع فى أن حالة الضرورة بمعناها العام تشمل حالة الدفاع الشرعى مازو بند ٤٩٢ هامش ٢) .

الالتزام بالكتمان ، فيعفى الطبيب من العقاب إذا اضطر إلى إفشاء السر ، وللمحكمة الرأى الأعلى فى تقدير مبررات الإباحة[١].

ويظهر أن القضاء بدأ يتجه نحو الأخذ بهذه النظرية ؛ فقد حدث أن اخصائيا فى الأمراض التناسلية شاهد شابا ، كان يعالجه حديثاً من قرحة زهرية فى القضيب ، يدخل الحمام الذى يستحم فيه فحاول أن يمنعه دون جدوى ، مما اضطره إلى مكاشفة مدير الحمام الذى أصدر الى الشاب أمرا بالخروج ، فامتثل الشاب لهذا الأمر ولكنه رفع دعوى على الطبيب ، فقضت المحكمة ببراءته إذ ما كان يستطيع أن يتصرف على غير ما فعل حرصا على المصلحة العامة[٢].

ويقف الطبيب مثل هذا الموقف إذا دعى لعلاج طفل حديث العهد بالولادة فوجده مصابا بالزهرى ، فعليه فى هذه الحالة أن يشير بإعطائه طعاما صناعيا فإن لم يكن بد من إرضاعه فلترضعه أمه لأن فى جسمها مناعة من أن تنتقل اليها عدوى ابنها . فاذا رفضت الأم وأصرت على إحضار ظئر لابنها فعلى الطبيب أن يفهمها مغبة ذلك عليها فإذا لم تمتثل لنصحه كان من حقه أن يشرح الأمر للظئر دون أن يتعرض للمسئولية عن إفشائه سر المهنة ؛ بل إن المحاكم تلزم الطبيب بالتعويض عن الأضرار التى تحيق بالظئر إن هو لم ينبهها إلى مرض الطفل وما ينطوى عليه من خطر العدوى لاسيما أن تدخله يحملها على الاطمئنان إلى سلامة الطفل من الأمراض المعدية[٣].

---

(١) مانش ص ٢٥٠ .

(٢) الطب الشرعى فى مصر ص ٢٥ نقلا عن محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص ٦٧٠.

(٣) لاكاس بند ٣١٧ ، أميان ١٢/٨/١٨٩٣ مشار إليه فى ديسلير ص ٩١، ديجون ١٤ مايو ١٨٦٨ سيرى ١٨٦٩–٢–١٢ والتعليق وقد جاء فى حيثيات الحكم :

Le médecin qui sciemment laisse ignorer à une nourrice les dangers auxquels l'expose l'allaitement d'un enfant atteint de syphilis congénitale peut être déclaré responsable du préjudice causé par sa réticence; qu'il ne saurait prétendre qu'appelé à donner ses soins à l'enfant seul il n'avait pas à se préoccuper du danger que peut courir la nourrice; qu'un pareil système qui blesse les lois de la morale ne peut être invoqué contre une nourrice à laquelle sa situation même impose une confiance nécessaire dans le médecin choisi par la famille de l'enfant.

عكس هاى المسئولية المدنية للأطباء رسالة ص ١٧١ .

والحال بالمثل إذا شاهد الطبيب أحد مرضاه المصابين بالزهرى أو بأى مرض معد يشتغل طاهيا أو خادما مما يعتبر منشأ لخطر جسيم للغير فواجب الطبيب فى هذه الحالة أن ينصح المريض بالامتناع عن العمل فإذا أبى كان للطبيب أن يبلغ السيد دون أن يتعرض لجزاء المادة ٣١٠ع[1].

و بمثل هذا يجب أن يتصرف إزاء الزوج المريض بمرض معد فينبه الزوجة حتى تتقى خطر العدوى وهو ما قررته محكمة النقض الفرنسية إذ راعت ما بين الزوجين من اندماج فى الحياة وامتزاج فى المصالح فقضت بأن الطبيب من حقه أن يكشف للمرأة كتابة عن حالة زوجها الصحية إن كان مصابا بمرض تناسلى ولا تثريب عليه إن أدى ذلك إلى إيقاع الخلف بين الزوجين[2].

وهنا تعرض مشكلة يحسن التنويه بها . فما دمنا قد أبحنا للطبيب أن يكشف للزوجة عن مرض زوجها فى بعض الحالات فهل يجوز لها أن تستند إلى ما قرره الطبيب لترفع على زوجها دعوى الفرقة .

لاشك عندنا فى أن لها هذا الحق. ولكن إذا دعى الطبيب للشهادة فعليه أن يلتزم جانب السكوت و إلا اعتبر مفشياً لسر المهنة وحقت عليه المسئولية .

و يدق الأمر إذا كان الطبيب قد أرسل خطاباً إلى الزوجة ليحيطها علماً بمرض زوجها فهل لها أن تقدم الخطاب إلى المحكمة لتستند إليه فى دعوى الطلاق ؟

لا شك أننا إذا اعتبرنا الخطاب ملكا لها كان من حقها أن تستند إليه إذ للشخص أن يستعمل ملكه كيفما شاء ولامسئولية عليه طالما أنه لم يسىء استعمال

---

(١) لاكاس بند ٢/٣٢٠ . قارن ليج ١٨٩٠/٧/٣٠ سيري ٩٥ـ٢ـ٢٣٧ .
عكس جارسون م ٣٧٨ نقرة ١٣٩ . إنما يشترط أن يكون التبليغ قاصراً على السيد وحده لأن الضرورة التى أباحت للطبيب إنشاء سر المهنة يجب أن تقاس بمقدارها .

(٢) نقض ١٨٩٧/٧/١٣ فى الأسباب سيرى ١٨٩٨ـ١ـ٢٢٠ والتعليق .
عكس التعليق على ليون ١٩٠٩/٦/١٦ فى دالوز ١٩١٠ـ٢ـ١٢٣ عمود أول نقرة أخيرة .

هذا الحق . ولكن إذا كان الأصل أن الخطاب يعتبر ملكا للمرسل إليه[1] يستعمله كيفما شاء[2] ما دام يحقق بذلك غاية مشروعة تتفق والغرض الاجتماعي الذى من أجله تقرر له الحق ، فليست هذه القاعدة مطلقة ، ذلك أن حق المرسل إليه يتعلق بالخطاب إذا كان منصباً على سر ، فيفترض فى هذه الحالة أن هناك اتفاقاً ضمنياً بين المرسل والمرسل إليه على عدم إذاعة هذا السر إلا برضا الطرفين[3] ، ومن ثم ففى حالتنا لا يجوز للزوجة أن تستند إلى الخطاب الذى وصلها من الطبيب إلا برضا الطبيب نفسه ، وهو لا يملك أن يصدر مثل هذا الرضاء و إلا اعتبر مفشياً لسر المهنة[4] . فلئن كانت الضرورة قد أباحت له أن يكشف للزوجة عن مرض زوجها فليس ثمة ضرورة تبيح له الإفشاء قبل الكافه ولا يجوز للمحكمة أن تستند فى حكمها إلى خطاب تقدمه الزوجة عن مرض زوجها لأن عرض هذا الخطاب على المحكمة، حتى إذا كان برضا الطبيب ، ينطوى على جريمة يعاقب عليها القانون[5] .

---

(١) ليموج ١٨٤٤/٤/١٩ سيرى ١٨٤٥ـ٢ـ٦٥٤ ودالوز ١٨٤٥ـ٤ـ٥٣ ، نقض ١٨٨١/٢/٩ داللوز ١٨٨٢ـ١ـ٧٣، دويه ١٨٩٦/١/٢٨ سيرى ٩٨ـ١ـ٢٢٠ عمود ٣ ، ليجريس فى داللوز ١٨٩٦ـ٢ـ٥٢١ عمود أول نقرة ٢. عكس بوردو ١٨٨٢/٨/٢ داللوز ١٨٨٤ـ٢ـ٥٩ .

(٢) فله أن يستند إليه لمطالبة الغير بحق له، نقض ١٨٦٤/٧/٢٦ داللوز ٦٤ـ١ـ٣٤٧. وله أن يسلمه للغير ويبيح له استعماله، مرسيليا ١٨٨٩/٩/٥ مجموعة مرسيليا ١٨٩٠ـ١ـ٢٥.

(٣) روان ١٨٦٤/٣/٢٣ داللوز ٦٤ـ٢ـ٧٠ ،روديه ١٨٩٦/١/٢٨ داللوز ١٨٩٦ـ٢ـ٥٢١ وسيرى ٩٨ـ١ـ٢٢٠ عمود ٣ ، تعليق ليجريس فى داللوز ١٨٩٦ـ٢ـ٥٢٢ عمود أول نقرة ٢ .

راجع مع ذلك فاليرى تحت ليموج ١٨٩٤/٢/١٢ داللوز ٩٥ـ٢ـ٥٣٧ فالخطابات السرية تعتبر ملكا للمرسل والمرسل إليه معاً ، راجع كورمينين فى المجلة الانتقادية ١٨٥١ ص ١٠٤، ونانسى ١٨٦٩/٣/١١ داللوز ٦٩ـ٢ـ٢٢٣ .

وراجع الأراء المختلفة فى ملكية الرسائل ليجريس فى داللوز ١٨٩٦ـ٢ـ٥٢١ وهو يرى خلافاً لحكم محكمة استئناف دويه الذى يعلق عليه أن الملكية للمرسل إليه فقط ، إنما هى ملكية مقيدة باشتراط عدم إذاعة السر الذى تضمنه الخطاب .

(٤) دويه ١٨٩٦/١/٢٨ داللوز ١٨٩٦ـ٢ـ٥٢١، وفى النقض ١٨٩٧/٧/١٣ داللوز ١٩٠٠ـ١ـ٤٣ وتعليق ل. س عمود ١ ص ٤٤ وفى سيرى ٩٨ـ١ـ٢٢٠ .

(٥) لاكاس بند ٣٢٢، بل إن محكمة باريس فى ١٩٣٥/٣/١ داللوز الأسبوعى ١٩٣٥ـ ٢٥٦ قضت باستبعاد شهادات من طبيب أجنبي فى بلد لا يعاقب على إفشاء سر المهنة .

قد يعترض بأن الحق الذى أعطيناه للطبيب فى أن يكشف للزوجة عن مرض زوجها لا يحقق بهذا الوضع الغرض الذى شرع من أجله ، وهو رفع الضرر عنها ، ولكن إحاطتها علماً بمرض زوجها يمكنها من أخذ الحيطة اللازمة حتى لا تنتقل إليها العدوى ، ثم إن فى إمكانها أن ترفع دعوى الفرقة أمام المحكمة وتطلب إليها تعيين خبير ليثبت ما علمته من مرض زوجها[1] .

٥ — اداء الشهادة أمام القضاء :

أداء الشهادة أمام القضاء واجب على كل فرد خدمة للعدالة ، وتنص المادة ١٦٩ من قانون تحقيق الجنايات على أنه إذا حضر من دعى للشهادة وامتنع عن الإجابة أمام المحكمة يحكم عليه بالحبس مدة لا تتجاوز شهرا أو بغرامة لا تزيد على ثلاثة جنيهات إلا أنه لا يحكم بعقوبة ما على الأشخاص الملزمين بمقتضى المادة ٢٦٧ (٣١٠) من قانون العقوبات بكتمان الأسرار التى ائتمنوا عليها بسبب صناعتهم ولا على الأشخاص المعفين من أداء الشهادة فى الأحوال المبينة فى المواد ٢٠٢، ٢٠٣ ، ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٦، ٢٠٧ من قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية .

و إذا تصفحنا المواد من ٢٠٢ إلى ٢٠٥ مف نجد أنها صريحة فى أن الشاهد لا يجبر على إفشاء سر من أسرار صناعته أو مهنته بشرط أن يطلع المحكمة على الأسباب التى تدعوه إلى الامتناع عن أداء الشهادة ، وللمحكمة الرأى الفصل فى تقدير هذه الأسباب وتقدير ما إذا كانت المعلومات التى يطلب منه إبداؤها تعتبر من أسرار المهنة التى أراد القانون حمايتها بالمادة ٣١٠ ع ، فإن رأت ألا مسوغ لامتناعه ألزمته بالشهادة[2] .

---

(١) راجع فى أسباب التفريق بين الزوجين المادة ٩ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ ونصها «للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص ... »
والمادة ١١ ونصها «يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها..» .

(٢) أحمد أمين ص ٦٠٣ ، محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص ٦٧٣ ، جارسون م ٣٧٨ =

ولا تقبل شهادة الطبيب فيما يفشى به سر المهنة إذ لا يعقل أن يقيم القانون وزناً لشهادة يعتبر الإدلاء بها جريمة توجب العقاب[1] .

ولا تستطيع المحكمة أن تلزم الشاهد بالإفضاء بسر من أسرار مهنته ولا يجوز لها أن تقضى بالعقاب على الطبيب الذى يمتنع عن إفشاء سر مهنته وإلا كان حكمها باطلا للخطأ فى تطبيق القانون[2] .

ولقد اختلف فيما إذا كان الامتناع عن أداء الشهادة يعتبر امتيازاً للأطباء أو التزاماً عليهم ، فالمادة ٣١٠ ع تنص على أنه لا تسرى أحكام هذه المادة إلا فى الأحوال التى لم يرخص فيها قانوناً بإفشاء أمور معينة كالمقرر فى المواد ٢٠٢؛؛ من قانون المرافعات .

وإنه ليتضح من الاطلاع على المادتين ٢٠٣،٢٠٤ أنهما وردتا بشكل يترك التقدير للموظف فى أداء الشهادة أو الامتناع عنها بعكس المادة ٢٠٥ وهى المادة

= نقرة ٦٧ ، نقض ١٩٠١/٢/١٥ G. P. ١٩٠١ـ١ـ٤٦٩ وسيرى ١٩٠٤ـ١ـ٢٠١ وتعليق إسمان ، نقض ١٩٠٤/٧/١٨ دالوز ١٩٠٥ـ١ـ٤٣ وسيرى ١٩٠٥ـ١ـ٢٣٣ وتعليق بيرو ، نقض ١٩٢٧/٣/٢٩ جازيت باليه ١٩٢٧ـ٢ـ٢٠٣ ، نقض ١٩٢٨/٣/٧ جازيت باليه ١٩٢٨ـ٢ـ١٥٨ .

(١) نقض ١٨٤٥/٧/٢٦ دالوز ٤٥ـ١ـ٣٤٠ وسيرى ١٨٤٥ـ١ـ٥٧٨ ، نقض ٩/٧/١٨٨٦ دالوز ٨٦ـ١ـ٤٧٥ ، نوجير ١٨٩٨/٦/٢٩ سيرى ١٩٠١ـ٢ـ١٠٨ تحت رين ١٨٩٩/٤/٢٢ ، نقض ١٨٩٩/٥/١ سيرى ١٩٠١ـ١ـ١٦١ ، بيزانسون ١٨٩٩/٦/٧ سيرى ١٩٠١ـ٢ـ١٠٨ ودالوز ١٩٠٠ـ٢ـ٤٠٧ ، نقض ١٩٠٠/٥/١٠ و ١٩٠١/٢/١٥ دالوز ١٩٠٣ـ١ـ٥٥٣ ، بيتل ص ١٢٤ ، لوبا فى دالوز ١٩٠٣ـ١ـ٥٥٣ وهو إذ يقر استبعاد المحكمة لشهادة الطبيب التى يفشى بها سر المهنة لا يرى عقابه ، لانعدام القصد الجنائى ومع ذلك تظل مسئوليته المدنية قائمة (راجع بنوع خاص العمود الأول ص ٥٥٥) واستبعاد شهادة الطبيب تبررها فى نظره اعتبارات متعلقه بالنظام العام فضلا عن أن السر يعتبر ملكا خاصاً لمن أودعه (بيزانسون ١٨٩٩/٦/٧ دالوز ١٩٠٠ـ٢ـ٤٠٧) فليس للمودع عنده أن يفشيه بغير إذن المودع وهى نفس الفكرة التى توجب استبعاد المحاكم للخطابات السرية إذا قدمها المرسل إليه بغير إذن المرسل .

قارن مذكرة المحامى العام كينو فى نقض ١٨٤٥/٧/٢٦ سيرى ١٨٤٥ـ١ـ٥٧٨ .

عكس نقضه ١٨٨٢/٨/١٨ سيرى ٨٥ـ١ـ١٤١ ، إسمان فى سيرى ١٩٠١ـ١ـ١٦٣ انظر ص ١٦٥ عمود ٢ نقرة أخيرة .

(٢) محمود محمود مصطفى ص ٦٧٣ المرجع السابق .

التى يمكن أن يدخل تحتها الأطباء فصيغتها تدل قطعاً على التحريم .

ويرى الأستاذ أحمد بك أمين للتوفيق بين الصيغتين أن يترك الخيار للموظف فى ذلك ، فإذا أدى الشهادة وهو يعلم أن فى ذلك ضرراً للمصلحة العامة عوقب بمقتضى المادة ٣١٠ ع[١]. على أننا نعتقد أن مقارنة هذه النصوص لا تؤدى إلا إلى حل واحد وهو تحريم الشهادة قطعاً بالنسبة للأطباء[٢]. والقول بغير ذلك لا يتفق هو وما أراده المشرع من إحاطة سر المهنة بسياج متين من الكتمان فى كافة الأحوال، إذ أن إباحة الشهادة أمام القضاء ستؤدى إلى تعطيل نص المادة ٣١٠ ع إلى حد كبير .

وهذا الحل الذى أخذ به المشرع المصرى يخالف ما عليه الحال فى انجلترا حيث لا يعترف القضاء الإنجليزى بامتياز للأطباء فى هذا الصدد مع أنه يباح هناك للقساوسة والمحامين الامتناع عن أداء الشهادة إذا انصبت على سر من أسرار مهنتهم[٣] .

ولم يرد فى القانون الفرنسى ما يقابل الفقرة الثانية من المادة ٣١٠ع، لذلك أثار موضوع الشهادة جدلا بين الشراح، فرأى ذهب إلى أن الالتزام بالشهادة واجب على كل فرد وأن القول بإعفاء البعض من هذا الواجب معناه إعدام الدليل بالنسبة لبعض الجرائم أو الحكم بالإدانة فيها من غير دليل، فالطبيب ملزم بالإدلاء بالشهادة متى دعى لأدائها ولو أنصبت على سر من أسرار مهنته[٤] .

ورأى آخر ذهب إلى أن القانون يبيح للطبيب أن يمتنع عن أداء الشهادة

---

(١) أحمد أمين ص ٦٠٤ طبعة ٢ .

(٢) محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص ٦٧٣ .

(٣) بير جولف تحت نقض ١٩٤٧/٥/٨ دالوز الأسبوعى ١٩٤٨ـ١٠٩ أنظر ص١١٠ فقرة ٦ ، الطب الشرعي فى مصر ص ٢٢ نقلا عن محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص ٦٧٤ .

(٤) فوستان هيلى فى بيرو شارمانتيه ص ١٣، لوجرافران مذكور فى لا كاس بند ٣١٠ هامش ١٥١، ناكيه فى سيرى ١٩١٨/١٩ــ١ــ٩ راجع ص ١٠ عمود ٢ .

أمام القضاء وهو لا يعاقبه إذا قام بأدائها لأن المقصود بالمادة ٣٧٨ع هو العقاب على الإفشاء التلقائى[1] أما هنا فللطبيب أن يستند إلى الإكراه المعنوى الذى حمله على الشهادة لكى يفلت من العقوبة . وقد سار القضاء الفرنسى على هذا الرأى حتى أواخر القرن الماضى[2]، ثم بدأ بعد ذلك يتحول نحو الأخذ بالرأى الذى ورد فى التشريع المصرى فأصبح على الطبيب أن يمتنع عن أداء الشهادة اذا كان يبيح بها سرا من أسرار مهنته وإلا حقت عليه المسئولية وامتنع على القضاء الاستناد اليها[3] .

---

(١) جارسون م٣٧٨ بند ٣٣؛؛ و١٠٤، بوميرول المسئولية الطبية أمام المحاكم ص٩٢، جارو شرح قانون العقوبات جـ ٦ بند ٢٣٥٤ ص ٨٥ ؛؛ ومع ذلك فإنه يتحفظ بالنسبة للطبيب الذى يدعى للشهادة فى دعوى مدنية ويقرر عقابه إذا أفشى بشهادته سراً من أسرار مهنته لأنه بعكس الحال فى الدعاوى الجنائية لا يفضى بشهادته للمصلحة العامة بل للمصلحة الخاصة لأحد المتقاضين، اسمان فى سيرى ١٩٠١ـ١ـ١٦٣ عمود أول ، وهو يتمشى مع منطقة فيقرر أن لاضير على المحاكم إن هى استندت إلى شهادة الطبيب فى مثل هذه الحالة (ص ١٦٥ عمود ٢ فقرة أخيرة وما بعدها) بل هو يذهب إلى أكثر من ذلك ويقرر أنه حتى لو اعتبرت شهادة الطبيب فى مثل هذه الحالة جريمة فليس معنى ذلك أن المحكمة لا يصح لها الاستناد إليها فى حكمها إذ لم يرد نص يبيح للمحكمة إبطال الشهادة فى مثل هذه الحالة .

(٢) نقض ١٨٤٥/٦/١٨ سيرى ٤٦ـ١ـ٦٩٦، نقض ١٨٤٥/٧/٢٦ داللوز ٤٥ـ١ـ٣٤٠، نقض ١٨٥٣/٦/١٠ داللوز ٥٣ـ١ـ٢٠٥، نقض ١٨٥٥/١/٦ داللوز ٥٥ـ١ـ٣٠، نقض ١٨٨٢/٨/١٨ داللوز ١٨٨٣ـ١ـ٤٦، باريس ١٨٩٧/٥/٦ سيرى ١٩٠١ـ١ـ١٦١، وقد أجازت المحكمة الاستناد إلى شهادة الطبيب التى يبيح بها سراً من أسرار مهنته فى تعرف وجه الحقيقة فى موضوع النزاع فأقرت بذلك ضمناً مشروعية إدلاء الطبيب بشهادته ولو كان فيها إفشاء للسر .

(٣) دويه ١٨٩٦/١/٢٨ فى الأسباب ونقض ١٨٩٧/٧/١٣ سيرى ١٨٩٨ـ١ـ٢٢٠، تولوز ١٨٩٨/٢/١٠ داللوز ١٨٩٩ـ٢ـ٢٥٧، نقض ١٨٩٩/٥/١ داللوز ٩٩ـ١ـ٥٨٥ ومذكرة المحامى العام دى جاردان وتعليق بلانيول وفى سيرى ١٩٠١ـ١ـ١٦١ وتعليق إسمان ضد الحكم، نقض ١٩٠٠/٥/١٠ وفى الاستئناف بيزانسون ١٨٩٩/١٢/٢٧ فى سيرى ١٩٠١ـ١ـ١٦١ وتعليق اسمان ضد الحكم وفى داللوز ١٩٠٣ـ١ـ٥٥٣ وتعليق لوبا مع الحكم، اكس ١٩٠٢/٣/١٩ داللوز ١٩٠٣ـ٢ـ٤٥١، رين ١٩٠٣/٦/١٢ داللوز ١٩٠٥ـ٢ـ٣٢١ وتعليق لوبا فى العمود الأول، نقض ١٩١٦/١١/٢٢ سيرى ١٩١٩/١٨ـ١ـ١٢١ وتعليق بيرو، لوبا فى داللوز ١٩١٠ـ٢ـ١٢١ عمود ٢ فقرة ٢ ، بيير جولف تحت نقض ١٩٤٧/٥/٨ فى داللوز الأسبوعى ١٩٤٨ـ١٠٩ أنظر ص ١١٠ فقرة ٧، تعليق داللوز على أميان ١٩٠٢/٣/١٢ داللوز ١٩٠٢ـ٢ـ٤٩٣ عمود أول، راجع أيضاً الأحكام التى أشرنا

ولقد جرى القضاء الفرنسى على الأخذ بهذا الرأى ولو كانت الشهادة مؤيدة لتقرير سبق أن قدمه الطبيب . فقد حصل أن استدعى طبيب للكشف على مريض فقرر بعد فحصه ضرورة إرساله إلى إحدى مستشفيات الأمراض العقلية ، وقد اتهم المريض زوجته بتدبير ذلك مع الطبيب، فلما استدعى الطبيب لتأدية شهادته أمام القضاء ذكر الوقائع التى استند عليها فى تقريره، فعدته المحكمة مفشيا لأسرار مهنته وحكمت عليه بالعقوبة (١) .

و إذا لم يكن للطبيب فى الأصل أن يفشى سرا من أسرار مهنته أثناء تأديته لواجب الشهادة فقد ثار البحث فيما إذا كان يجوز له أن يفشى السر لإنقاذ شخص اتهم زورا .

والذى يبدو لنا فى هذا الشأن أنه إذا لم تكن مصلحة الغير تبرر كقاعدة عامة إحلال الطبيب من التزامه بالمحافظة على سر المهنة، فإنه مما لا يتفق والعدالة أن يلزم بالسكوت لكى يترك بريئا يكبل بأصفاد الاتهام فى الوقت الذى يرتع فيه الجانى بنعيم الحرية . ونحن نعتقد أن الطبيب الذى يفشى سر المهنة فى مثل هذه الحالة يستطيع أن يدفع عن نفسه المسئولية استنادا إلى حالة الضرورة التى تبرر له الإدلاء بما عنده من معلومات فى سبيل إنقاذ برىء من سيف الاتهام المسلط على عنقه (٢) .

= إليها فى هامش ١ ص٤٣٩ وأنظر فى تطور القضاء مذكرة المحامى العام دى جاردان فى دالوز ١٨٩٩ـ١ـ٥٨٧ .

وإذا كان على الطبيب أن يمتنع عن أداء شهادة انصبت على سر من أسرار مهنته فعلى العكس لا يجوز له أن ينكل عن أداء الشهادة فيما لا يمس به سر المهنة، رين ١٩٠٣/٦/١٢ دالوز ١٩٠٥ـ٢ـ٣٢١ وتعليق لوبا فى دالوز ١٩٠٣ـ١ـ٥٥٣ راجع ص٥٥٤ ، نقض جنائى ١٨٩٣/٣/١٦ دالوز ٩٤ـ١ـ١٣٧ والحكم خاص بمدير مستشفى وتقرير المستشار فيتلى .

(١) إكس ١٩٠٢/٣/١٩ دالوز ١٩٠٣ـ٢ـ٤٥١ .

(٢) لاكاس بند ٣٠٥ .

قارن الآراء المختلفة فى هذا الموضوع لبارت وبرووار دل وفورنييه ودى شامبر فى تعليق دالوز على أميان ١٢ مارس سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ـ٢ـ٤٩٣ على أن الضرورة تقاس بمقدارها فلكى يتمتع الطبيب بالإعفاء من المسئولية يجب ألا تكون هناك وسيلة أخرى لتبرئة المتهم غير ما أقدم عليه من إفشاء سر المهنة (أنظر كتاب المسئولية الجنائية للدكتور محمد مصطفى القللى ص ٤٤٠) .

٦ — أعمال الخبرة :

وإذا لم يكن للأطباء أن يشهدوا شفوياً أمام القضاء عن وقائع تعتبر من أسرار مهنتهم ، إلا أنه من المسلم به أن لهم أن يضمنوا تقريرهم هذه الأسرار إذا انتدبتهم المحكمة لعمل من أعمال الخبرة دون أن يقعوا تحت طائلة العقاب وذلك بشرطين :

الأول : أن يقدم التقرير للمحكمة وحدها [1] .

الثانى : أن يكون الطبيب الخبير قد عمل داخل الحدود التى رسمتها له المحكمة .

والحكمة فى إجازة هذه الحالة أن الخبير كاسنرى فى حالات التأمين يعتبر ممثلا للمحكمة وعمله جزء لا يتجزأ من عملها ، فإذا أفضى بالسر إلى المحكمة فهو لا يفضى به إلى الغير بل إلى نفسه . وإذا كانت المسئولية عن حفظ سر المهنة قد دعت إليها ضرورة بعث الثقة فى نفس المريض لكى يفضى إلى طبيبه بكل المعلومات التى تفيد فى علاجه فإن هذه الحكمة منتفية بالنسبة للطبيب الذى تعينه المحكمة لفحص المريض ولتقديم تقرير عن حالته [2] .

وقد عرضت حالة من هذا النوع أمام القضاء المصرى احتاط فيها الطبيب خشية المسئوليه إلى حد جاوز الضرورة ؛ ذلك أنه انتدب لتوقيع الكشف على شيخ مسجد مسن اتهم بالفسق بطفل لم يتجاوز عمره الرابعة عشرة . فلما فحص الطفل وجده خالياً من علامات عنف حول الشرج أو بجسمه كما وجد ملابسه خالية من البقع المنوية واتضح له من الكشف على المتهم أنه مصاب بسيلان حاد . أعاد

---

(١) جرينوبل ١٩٠٩/١/٢٩ دالوز ١٩١٠—٢—١٢١ وتعليق لوبا مع الحكم عمود ٢ نقرة ٣ ، لاكاس بند ٢٨٩ و ٣٢٣ .

(٢) جرينوبل ١٩٠٩/١/٢٩ دالوز ١٩١٠—٢—١٢١ وتعليق لوبا ، جارو ج ٦ ص ٨٧ ؛؛ مازو فى دالوز ١٩٢٧—١—١٨٥ عمود ٢ فى الآخر ، جارسون م ٣٧٨ نقرة ١١٤ ، رو فى سيرى ١٩١٤—١—١٦٩ خاصة الفقرة الأخيرة من العمود الأول ص ١٧١ ، لاكاس بند ٢٨٩ و ٣٢٣ .

الكشف عليهما بعد أسبوع فكانت النتيجة كالأولى . فماذا يفعل . إن فى ذكر مرض السيلان سبباً لتبرئة الشيخ ولكنه قد يؤدى إلى رفته وظن الطبيب أنه يتعرض بذلك للمسئولية عن إفشاء سر المهنة . ومن ناحية أخرى ، إن إغفال هذه الواقعة قد يكون من شأنه تضليل المحكمة والحكم بالإدانة على شيخ المسجد.

خرج الطبيب من هذا المأزق بأن ذكر أن المتهم مصاب بالتهاب فى مجرى البول يعدى بالملامسة وأن الغلام المجنى عليه لم تنتقل إليه العدوى بهذا المرض ، ونحن نعتقد أن الطبيب — على الرغم من هذا التحفظ — يعتبر قد أباح بسر من أسرار مهنته إلا أن الإباحة جائزة حتى إذا ذكر مرض الشيخ الحقيقى لأنه يعتبر كما قلنا ممثلا للمحكمة طالما أنه لم يخرج عن الحدود التى رسمتها له[1] .

٧ — سر المهنة وعقود التأمين على الحياة :

عند ما يقدم طلب لإحدى شركات التأمين على الحياة لا يبت فيه إلا بعد إجراء كشف طبى دقيق على الطالب بمعرفة الطبيب الذى تنتدبه الشركة ، وعلى ضوء التقرير الذى يقدمه يصدر قرار الشركة بقبول الطلب أو رفضه .

والطبيب الكشاف فى هذه الحالة لا يعتبر وسيطاً بين الطالب والشركة وإنما يعتبر ممثلا للشركة ويعتبر عمله جزءاً من عملها، ويستتبع ذلك أن تقديم التقرير الطبى إلى الشركة لا يعتبر منه إفشاء لسر من أسرار مهنته[2]. على أنه لا يجوز للطبيب أن يذكر للغير شيئاً مما تضمنه التقرير المقدم ولو كان ذلك الغير من الورثة[3] .

وقد يتعقد الأمر فى حالة ما إذا كان الطبيب قد سبق له العلم بوجود مرض

---

(١) محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص ٦٧٦ .

(٢) لوبا فى تعليقه على رين ١٩٠٣/٦/١٢ دالوز ١٩٠٥ـ٢ـ٣٢٣ عمود أول فقرة أخيرة ، جارو ج ٦ ص ٨٩ ، لاكاس بند ٣٢٤ .

(٣) لوبا المرجع السابق ص٣٢٣ عمود ٢ فقرة أولى ، محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص٦٧١ ، مانش ص٣٠٦ ، بيتل ص١٧٥ ، بيزانسون١٨٩٩/٦/٧ سيرى١٩٠١ـ٢ـ١٠٩ .

لدى طالب التأمين ولـكنه لم يترك علامات تدل عليه فهل يجوز له أن يذكر وجود هذا المرض فى تقريره .

يبدو لنا أنه إذا فعل ذلك فإنه يقع تحت طائلة العقاب باعتباره قد أفشى سراً ائتمن عليه بوصفه طبيباً معالجاً، ولذلك نرى من الأصوب أن يعتذر الطبيب عن فحص المريض لسابق علمه بحالته المرضية[١] .

وليس للطبيب الذى يستدعى للـكشف على جثة ، أن يعطى شهادة بنتيجة الفحص لشركة التأمين وإن كان له أن يعطيها للورثة[٢] .

ويقيس بعضهم على حالات التأمين تقرير الطبيب المقدم فى حوادث العمل إذا عهد إليه رب العمل بذلك[٣] وتقرير الطبيب عن لياقة موظف للخدمة إذا عهدت إليه الحـكومة بذلك[٤] وتقرير طبيب المدرسة الذى يقدمه بعد الـكشف على أحد الطلبة ، ففى كل هذه الحالات لا يبيح الطبيب سراً لأنه لا يقوم بالفحص بوصفه طبيباً معالجاً بل بوصفه ممثلا للجهة التى طلبت إليه إجراء الفحص .

ولا التزام على الطبيب بحفظ سر المهنة فى علاجه للمؤمن أو العامل إذا كان مكلفاً بذلك من شركة التأمين أو رب العمل ، فالمريض بتنازله عن الحق فى اختيار طبيبه يقبل ضمناً أن ترفع نتيجة الفحص والعلاج إلى رب العمل أو شركة التأمين[٥] .

---

(١) محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص٦٧١ ، لاكاس بند ٣٢٣ ، بيتل ص١٧٥ . قرب جارسون م٣٧٨ نقرة ١١٥ وقد أوجب على الطبيب أن يعتذر عن مهمة الخبرة إذا انتدبته المحـكمة لفحص مريض سبق له أن عالجه ، ولوبا فى دالوز ١٩١٠ــ٢ــ١٢١ عمود٢ فقرة أخيرة وما بعدها .

(٢) رن ١٨٩٩/٤/٢٢ سيرى ١٩٠١ــ٢ــ١٠٨ .

(٣) نقض ١٩١٣/٥/٩ سيرى ١٩١٤ــ١ــ١٦٩ وتعليق رو .

(٤) نقض عرائض ١٩١٤/١/١٩ دالوز ١٩ــ١ــ٥٨ والتعليق ، وقدجاء فى كتاب الطب الشرعى فى مصر أن الطبيب إذا دعى للـكشف على ضابط بحرى أو سائق قطار فوجده مصاباً بالصرع أو أعمى الألوان كان له بل عليه أن يخبر بذلك الجهة التى طلبت إليه الـكشف .

(٥) لاكاس بند ٢٩٠ و ٣٢٨ ، ليون ١٩٠٩/٦/١٦ دالوز ١٩١٠ــ٢ــ١٢٣ . وقارن التعليق فى العمود الثانى من ص١٢٣ إذ جاء فيه أن الطبيب هنا له صفتان فهو طبيب =

٨ — التبليغ عن الجرائم :

نصت المادة ٧ من قانون تحقيق الجنايات على أن « كل من عاين وقوع جناية تخل بالأمن العام أو يترتب عليها تلف حياة إنسان أو ضرر لملكه يجب عليه أن يخبر النيابة أو أحد مأمورى الضبطية القضائية . . . . »

ولكن المادة ٢٠٥ من قانون المرافعات أوردت قيداً على هذا النص العام إذ قررت أن « كل من علم من الأفوكاتية أو الوكلاء أو غيرهم بواسطة صنعته أو حرفته بأمر ما أو بتوضيحات عن ذلك الأمر لا يجوز له فى أى حال من الأحوال الإخبار بذلك الأمر ولا بالتوضيحات ولو بعد انتهاء خدمته أو أعمال صنعته ما لم يكن الغرض من تبليغ ذلك إليه ارتكاب جناية أو جنحة » .

ويستفاد من هذا النص أن الطبيب له أن يبلغ الجهة المختصة عن التصميمات على ارتكاب الجرائم بقصد المساعدة على منعها كما لو جاءت امرأة لتسترشد برأيه فى إسقاط حمل ، ولكن لا يجوز له أن يبلغ عن الجريمة متى وقعت (١) .

والعمل فى انجلترا على عكس هذا الوضع فيباح للطبيب أن يبلغ عن الجرائم التى يكتشفها أثناء أو بمناسبة ممارسته لمهنته دون أن يكون ملزما بالتبليغ إذا لم يعد الأمر مجرد التصميم عليها أو العزم على ارتكابها . ومن القضايا الشهيرة فى انجلترا قضية مدام ريتشار فقد حصل أن اكتشف الدكتور باترسن المعالج لها أنها تسممت بفعل فاعل ولكنه لم يبلغ الأمر للنيابة . وقد ذكر القاضى فى حكمه أن

= معالج بالنسبة للعامل وخبير بالنسبة لرب العمل ، وهو بصفته الأولى يلتزم بالمحافظة على سر المهنة ولا يمكن أن يعفى من هذا الالتزام بدعوى أن العامل إذ يعرض نفسه عليه يكون قد تنازل ضمنا عن حقه فى أن يحافظ الطبيب على سر المهنة إذ أننا بذلك نحمل إرادته أكثر مما تحتمل .

وقارن أيضاً مجلس الدولة ١٩٢٨/١١/٩ دالوز ١٩٢٩ — ٣ — ٢٦ وتقرير قوميسير الحكومة ، وفوجير ١٨٩٨/٦/٢٩ سيرى ١٩٠١ — ٢ — ١٠٨ تحت رن ١٨٩٩/٥/٢٢ .

(١) وفى فرنسا أيضاً لا يجوز للطبيب أن يبلغ عن جريمة اكتشفها أثناء أو بمناسبة مزاولته لمهنته وإلا استحق عليه العقاب باعتباره قد أفشى سراً من أسرار مهنته ، جارو ج٦ بند ٢٣٥٤ ، جارسون م٣٧٨ فقرة ٧٠ و ١١٣ .

قارن لاكاس بند ٣٠٣ .

الدكتور باترسن ظن أن حفظ سر كهذا يتفق وواجبه كطبيب ومواطن ولكنه مخطىء فى ذلك كل الخطأ (١) .

على أنه مادام الالتزام بالمحافظة على سر المهنة وضع لمصلحة المريض فللطبيب أن يكشف عن الجرائم التى ارتكبت (٢) ضد المريض نفسه كما لو عذب طفل أو هتك عرضه (٣) .

٩ — التبليغ عن المواليد والوفيات

توجب المادة ١٢ من القانون رقم ١٣٠ سنة ١٩٤٦ الخاص بالمواليد والوفيات — على الأطباء والقوابل عند انعدام الآباء والأقرباء الراشدين ممن حضروا الولادة والقاطنين مع الوالدة — أن يبلغوا مكاتب الصحة عن ولادة من حضروا ولادتهم .

وتوجب المادة ١٨ على الأطباء والمندوبين الصحيين أن يبلغوا عن الوفيات التى اثبتت بمعرفتهم فى حالة عدم وجود أحد من الفئات الآتية :

١ — من حضر الوفاة من أقارب وأهل المتوفى البالغين ذكورا كانوا أو اناثا .

٢ — من يقطن من الأشخاص البالغين مع المتوفى فى سكن واحد ذكوراً كانوا أو اناثا .

٣ — صاحب المحل أو مديره أو الشخص القائم بإدارته إذا حدثت الوفاة فى مستشفى أو محل معد للتمريض أو ملجأ أو فندق أو مدرسة أو سجن أو أى محل آخر .

---

(١) الطب الشرعى فى مصر ص ٤٤٢٦؛ نقلا عن محمود محمود مصطفى ص٦٧٩ .

(٢) جارو ج٦ بند ٢٣٥٤ هامش ٤١ ص٨٤، لاكاس ٣٠٣ و٣٠٤، رين ١٢ يونيو سنة ١٩٠٣ جازيت باليه ١٩٠٤ — ١ — ٣٧ .

(٣) قارن مع ذلك نقض ٨ مايو سنة ١٩٤٧ دالوز الأسبوعى ١٩٤٨ — ٩٠٩ .

وفى حالة الاشتباه فى أسباب الوفاة يجب على الأطباء أن يبلغوا النيابة (م٢٥) ، والتبليغ فى هذه الحالة واجب تفرضه اللوائح للمصلحة العامة ولا يترتب على القيام به تطبيق المادة ٣١٠ ع ولكن يجب أن يقتصر التبليغ على إخطار الجهة المختصة، فإذا أذيع السر لشخص آخر استحق الطبيب العقاب [١] .

وقد أخذت النصوص الخاصة بالتبليغ عن المواليد من القانون المدنى الفرنسى وقد تضمنت المادة ٣٤٦ ع ف عقوبة من يخالف أحكام المادتين ٥٥ و٥٦ م .

والنصوص المصرية أفضل فى تحريرها من النصوص الفرنسية . ويظهر أن السبب فى ذلك يرجع إلى ما أثارته تلك النصوص من شكوى الأطباء الفرنسيين، فالنصوص الفرنسية تلزم الأطباء بالتبليغ عند انعدام الأب بينما لا يأتى التزام الأطباء فى مصر إلا فى المرتبة الرابعة . وعلى الرغم من احتجاجات الأطباء المتكررة فى فرنسا من أن هذه النصوص تقضى بإفشاء جزء من أسرارهم فإن القضاء الفرنسى لا يتهاون فى تطبيقها، فقضى مثلا بأن وفاة الطفل أثناء الولادة لا يعفى الطبيب من واجب التبليغ [٢] .

كذلك الحال إذا قتلت الوالدة ابنها بمجرد ولادته ، لا يحق للطبيب أن يستند إلى الالتزام بحفظ سر المهنة لكى يبرر عدم تبليغه عن الولادة التى باشرها [٣] .

على أنه للتوفيق بين التزام الطبيب بحفظ سر المهنة والتزامه بالتبليغ عن المواليد، ذهبت المحاكم فى تفسير نص المادة ٣٤٦ ع إلى أنها لا تشير إلى المادة ٥٧ التى تعدد البيانات التى يجب أن يشملها التبليغ ، ومن ثم تبقى هذه المادة بغير جزاء جنائى ، ويبرأ الطبيب من المسئولية إذا اقتصر على التبليغ عن ميلاد الطفل دون أن يذكر اسم والديه [٤] بل إنه يعتبر مفشياً لسر المهنة إذا ذكر اسم الوالدة فى ظروف كانت تحتم عليه الكتمان [٥] .

---

(١) جارسون م٣٧٨ نقرة ١٢٨ .

(٢) نقض ١٨٤٤/٨/٢ سيرى ١٨٤٤ — ١ — ٦٧١ .

(٣) فيزول ١٩٢٠/١/٢٢ دالوز ١٩٢٠ — ٢ — ١٥١ .

(٤) نقض ١٨٤٣/٩/١٦ سيرى ٤٣ — ١ — ٩١٥ ، نقض ١٨٤٤/٦/١ سيرى ٤٤ — ١ — ٦٧٠ ، نقض ١٨٤٥/٨/١ سيرى ٤٥ — ١ — ٨٤٠ .

(٥) كحالة الحمل سفاحاً راجع جارسون م٣٧٨ فقرة ١٢٦ .

وقد عرفت محكمة النقض الفرنسية الطفل فى حكم لها بأنه ما يولد بعد ١٨٠ يوما على الأقل حسبما جاء فى المادة ٣١٢م ، أما من يولد قبل ذلك فلا محل للتبليغ عن ولادته ما دام لا يعتبر طفلا[1] . ووجود الأب غير الشرعى وقت الولادة لا يعفى الطبيب من الالتزام بالتبليغ إذ أن القانون قصد بالأب، الأب الشرعى أى بمقتضى عقد الزواج بغض النظر عن الحقيقة ، ولا يعفى الطبيب من المسئولية إذا باشر مقدمات الوضع ولم ير الطفل بأن وضعت المرأة فى غيبته[2] .

١٠ — التبليغ عن الأمراض المعدية :

أوجبت المادة ٢ من القانون رقم ١٥ سنة ١٩١٢ على الأطباء أن يخطروا مكتب الصحة عن الأمراض المعدية التى يشاهدونها ؛ ويقابل هذا القانون فى فرنسا قانون ٣ مارس سنه ١٨٢٢ ، ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٢ و ١٥ فبراير سنة ١٩٠٢ ، وهى توجب على كل شخص أن يبلغ عن الأمراض المعدية التى يعرف بها وتفرض على عدم التبليغ عقوبة تشدد إذا كان المخالف طبيباً . فإذا بلغ الطبيب فى هذه الحالة فلا عقوبة عليه وإن كان يفشى بذلك سراً ما دام التبليغ قد حصل للجهة المختصة وحدها وفى حدود الالتزام بالتبليغ . وقد أثارت هذه النصوص بذورها سخط الأطباء فى فرنسا لما تستتبعه من اتخاذ الإدارة لإجراءات صحية يتأذى منها المرضى والأطباء تبعاً لذلك .

---

(١) نقض ١٨٧٤/٨/١٧ مذكور فى محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص ٦٨٠ .

(٢) جارنى ص ٢٨٧ و ٢٧٧ ، وفيتولد ١٩٢٠/١/٢١ دالوز ١٩٢٠ — ٢ — ١٥١ .

خاتمة

تقدير القواعد الحالية لمسئولية الأطباء والجراحين المدنية

هذه هى قواعد المسئولية الطبية ، ومنها نرى بوضوح أن القضاء سعى إلى هدف واحد لم يحد عنه طوال التطور الذى لابس أحكام تلك المسئولية ، فلقد كان رائده دائماً إيجاد الوسيلة القانونية وتهيئة المخلص الفنى للخروج بالمسئولية الطبية عن حكم القواعد العامة ، يحدوه فى ذلك شعور عميق بأن كاهل الأطباء مثقل بأعباء مهنتهم وأن تهديدهم بمسئولية مرهفة تعلق فوق رقابهم كسيف داموكليس من شأنه أن يسىء إليهم بل و إلى المجتمع كله أكبر إساءة . و إذا كانت نظرية تحمل التبعة قد اقتحمت دائرة المسئولية فطوت إلى جانبها نظرية الخطأ فى كثير من الأحوال فإن المحاكم ظلت حريصة على أن تستعمل لفظ الخطأ الواضح فى كثير من أحكامها حتى تبرز الناحية الشخصية فى المسئولية الطبية على وجه لا يترك مجالا لتطبيق نظرية تحمل التبعة .

ولم يقتصر دور القضاء فى هذه المسألة كما رأينا على تفسير النصوص بل تعداه إلى دور الإنشاء ، فحقق بذلك إيجاد قواعد مهنية لها من مرونتها ما يكفل التوفيق بين مصلحتين — لا تعارض بينهما فى الواقع بل هما متضامنتان — مصلحة الطبيب ومصلحة المريض ، فإثقال كاهل الطبيب بالمسئولية يشل نشاطه فى العلاج ويقضى على روح الابتكار عنده ، تلك الروح التى أسدت للانسانية أجل الخدمات ، كما أن إعفاءه من تبعة تقصيره يفتح الباب لإهماله واستهتاره و يفقد المريض ثقته فى المهنة الطبية و يضع من مستواها .

و إذا جاز لنا أن نستوحى من قضاء المحاكم مبدأ عاماً قد يصبح فى الغد ركناً فى النظام المدنى ، فإننا نستطيع أن نقول بغير حرج إن مبدأ المساواة الذى كان يعتبر تراث الثورة الفرنسية وضمان الحرية المكفولة للجميع قد أخذ يتصدع بتا جد

من اختلاف النظر فى فكرة المساواة وظهور القواعد المهنية التى أدخلت فى المسئولية عناصر التقدير الشخصى مراعاة لطبيعة المهنة التى يزاولها الشخص والصوالح التى يتعلق بها النزاع .

وإنه ليدهشنا — فى إيماننا بخضوع القانون لقاعدة التقدم — كيف أغضى القانون المدنى الحديث ، على ضخامة حجمه وكثرة مواده ، عن الاستجابة لنداء الحوادث ، وكيف أنه بعد أن أدخل فى التشريع المصرى مبدأ المسئولية عن الأشياء الجامدة لم يتنبه إلى خطورة تطبيق هذا المبدأ على الأطباء ، ولم يستشعر الحرج فى تقرير قاعدة عامة طالما عبرت المحاكم فى فرنسا عما بينها وبين مسئولية الأطباء من نفور . ولكن التطور أقوى من البشر ولن يقف القضاء جامداً أمام النصوص فمهما تمسك المشرع بوضع قواعد مجردة للمسئولية فإن الحوادث ستقذف بها من حالق فى التيار المتدفق لنهر الحياة لتحقق بذلك ما قاله ديموج[1] من أن القانون المتمشى مع حالة المجتمع يعمل حساباً ليعطى لكل ما يناسبه بحسب ثروته ومهنته ، فقانون المهن سوف يعمل بمقياس كل منها وبما يتناسب مع مقتضيات التوفيق بينها فى الاقتصاد القومى ، ولقد صدق رينارد حيث قال إن مستقبل علم القانون يتجه نحو التخصص المطرد[2] .

1— Demogue. Les notions fondamentales du droit privé. P 169.

2— Renard. Le droit, l'ordre et la raison. P 414.

فهرس

صفحة

مقدمة

القسم الاول

طبيعة المسئولية وأركانها

طبيعة المسئولية الطبية

صفحة

أركان المسئولية الطبية :

صفحة

القسم الثانى

مدى المسئولية الطبية

صفحة

مسئولية الأطباء

الذين يشتغلون في المستشفيات وأثرها في

مسئولية المستشفيات ذاتها

الشهادات الطبية

المسئولية عن إفشاء سر المهنة

المراجع العربية

أحمد أمين — شرح قانون العقوبات الأهلى — القسم الخاص .
جندى عبد الملك — الموسوعة الجنائية جـ ٥ .
حامد فهمى باشا والدكتور محمد حامد فهمى — النقض فى المواد المدنية والتجارية .
دكتور حشمت أبو ستيت — نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى .
دكتور سليمان مرقس — نظرية دفع المسئولية المدنية (رسالة دكتوراه) .
— مسئولية الطبيب ومسئولية إدارة المستشفى — مجلة القانون والاقتصاد س ٧ ص ١٥٥ !!
— تعليقات على الأحكام فى المواد المدنية ، مجلة القانون والاقتصاد س٧ ص ٣٣٩ !!
— مسئولية الطبيب الأخصائى وكيفية تقدير خطئه ، مجلة القانون والاقتصاد س٧ ص ٦٤٥ .
— فى تعيين مدى مسئولية السيد عن فعل تابعه ، مجلة القانون والاقتصاد س ١٢ ص ١٥٥ .
— مسئولية المتبوع بوجه عام ومسئولية المتبوع العرضى بوجه خاص ، مجلة القانون والاقتصاد س ١٥ ص ٥٤٥ .
— تعليقات على الأحكام فى المسئولية المدنية ، مجلة القانون والاقتصاد س ١٧ ص ٢٤٥ !! .
دكتور عبد الرازق أحمد السنهورى — نظرية العقد .
— الموجز فى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المصرى .
دكتور على بدوى
دكتور عبد المعطى خيال — محاضراته غير المطبوعة فى الالتزامات .
دكتور محمد مصطفى القللى — فى المسئولية الجنائية .
— تعليقات على الأحكام فى المواد الجنائية مجلة القانون والاقتصاد س٢ ص ٣١٩ .
دكتور محمد حلمى بهجت بدوى — أصول الالتزامات جـ ١ .
دكتور محمد كامل مرسى ودكتور السعيد مصطفى السعيد ، شرح قانون العقوبات المصرى الجديد .
دكتور محمود محمود مصطفى — مدى المسئولية الجنائية للطبيب إذا أفشى سرا من أسرار مهنته — مجلة القانون والاقتصاد س ١١ ص ٦٥٥ .
— مسئولية الأطباء والجراحين الجنائية ، مجلة القانون والاقتصاد س ١٨ ص ٢٧٩ .
دكتور وديع فرج — مسئولية الأطباء والجراحين المدنية — مجلة القانون والاقتصاد س١٢ ص ٣٨١ !! .
— الاتجاهات الحديثة فى العقد والمسئولية الخطئية — مجلة القانون والاقتصاد س١٥ ص ١٠٩ !! .
— اتفاقات الإعفاء من المسئولية — محاضرات غير مطبوعة لقسم الدكتوراه .
— المسئولية المهنية — محاضرات غير مطبوعة لقسم الدكتوراه .

BIBLIOGRAPHIE

Appleton et Salama. — Droit médical.

Aubry et Rau. — Cours de droit civil français.

Balthazard. — Précis de médecine légale.

Baudry - La cantinerie et Barde. — Traité théorique et pratique de droit civil.

Beudant. — Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance des fautes.

Beudant. — Cours de droit civil français.

Briand et Chaudé. — Manuel complet de médecine légale, 1898

Brouardel. — Le secret médical.

— La responsabilité médicale.

Chauveau et Hélie. — Théorie du Code pénal.

Colin et Capitant. — Cours élémentaire de droit civil français 7e et 8 éd.

Demante et Colmet de Santerre. — Cours de droit civil.

Demogue. — Traité des obligations en général.

Demolombe. — Cours de Code Napoléon.

— Traité des contrats.

Garçon. — Code pénal annoté.

Garraud. — Traité théorique et pratique de droit pénal français.

Gardenat et Salmon - Ricci. — De la responsabilité civile.

Gény. — Des droits sur les lettres missives.

Guillouard. — Droit civil.

— Traité du louage.

Huc. — Commentaire théorique et pratique du Code civil.

Josserand. — Cours de droit civil positif français.

— Préface à l'ouvrage de M. Brun; Rapports et domaines des responsabilités contractulle et délictuelle. Thèse 1931.

— Les transports. 2ème éd.

Laccassagne. — Précis de médecine légale.

— De la responsabilité médicale.

Labon. — La responsabilité civile.

Larombière. — Théorie et pratique des obligations.

Laurent. — Principes de droit civil français Tome XX.

Mazeaud. — Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle.

Muteau. — Du secret professionnel.
Perraud - Charmantier. — Le secret professionnel, ses limites, ses abus.
Perreau. — Eléments de jurisprudence médicale.
Peytel. — La responsabilité médicale.
Planiol. — Traité élémentaire de droit civil.
Planiol et Ripert. — Traité pratique de droit civil français. T. VI par Esmein. T. VII par Esmein. Radouant et Gabolde.
Pommerol. — La responsabilité médicale devant les tribunaux.
Ripert. — La règle morale dans les obligations civiles.
— Le régime démocratique et le droit civil moderne.
— Ebauche d'un droit civil professionnel — dans les "Etudes à la mémoires d'Henri Capitant", P. 677 et s.
Sourdat. — Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats.
Savatier. — Traité de la responsabilité civile.

THÈSES

Abel. — La responsabilité des médecins. Thèse 1939.
Balmary. — La responsabilité médicale et le secret professionnel. 1909.
Bertrand. — Le préposé moderne (l'idée de représentation dans l'art. 1384 paragraphe 5 nouveau Code civil). Thèse 1935.
Besson (A). — La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses. Thèse 1927.
Bettremieux (P). — Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français. Thèse 1921.
Bodelet. — Le risque accepté en droit pénal français contemporain. 1932.
Bru (G). — La responsabilité civile des médecins. 1911.
Brun (A). — Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle. 1931.
Camermann (m). — La responsabilité civile des médecins. Thèse 1932.
Dallant (R). — La notion de préposé dans l'article 1384 du Code civil. 1927.

Dislaire. — La responsabilité civile des médecins 1901.

Duflo (G). — La responsabilité civile des médecins à la lumière de la jurisprudence récente. 1937.

Durand (P.J.). — Des conventions d'irresponsabilité. Préface Ripert. 1931.

Emile Arrichi De Casanova. — La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité civile. 1946.

Ferres (F). — Du fondement et du caractère de la responsabilité des médecins. 1934.

Flour. — Les rapports de commettant à préposé dans l'art. 1384. Thèse 1933.

Graven. — Les médecins et le droit civil. 1925.

Guenot. — Du consentement nécessaire pour pratiquer une opération chirurgicale. 1904.

Hay (A). — De la responsabilité civile des médecins. 1925.

Hirtz. — Le consentement aux opérations. Thèse méd. 1932.

Hu. — Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin dans le droit romain, dans notre ancien droit, dans notre droit actuel.

Imam (M.A.). — La responsabilité du banquier en matière de dépôt. 1939.

Lacas (M.J.). — Les obligations du médecin. 1938.

Lasnier. — Du droit du malade et du blessé au refus d'un traitement ou d'une intervention chirurgicale. 1932.

Legal (A). — De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité. 1922.

Manche. — La responsabilité médicale au point de vue pénal. 1913.

Marteau. — La notion de la causalité dans la responsabilité civile. 1914.

Martin. — La faute professionnelle spécialement dans les professions libérales. 1934.

Mazen (J). — Essai sur la responsabilité civile des médecins. 1934.

Nègre (P). — La responsabilité civile dans la pratique de la médecine. 1935.

Parent (H). — De la responsabilité des chirurgiens en matière des soins esthétiques. 1932.

Pleindoux. — Chirurgie esthétique et responsabilité médicale. 1932.

Rallier. — La responsabilité civile des médecins et la jurisprudence moderne.

Rendu. — La responsabilité civile des médecins et la jurisprudence moderne. 1909.

Rodet (B). — La responsabilité civile des médecins et la jurisprudence actuelle.

Ryn (J. Van). — Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif. 1933.

Sahut (P). — Nature juridique de la responsabilité des médecins. 1937.

Tiprez. — Contrat médical et responsabilité civile des médecins.

Voisenet. — La faute lourde en droit privé français. 1934.

NOTES ET ARTICLES

Appleton (P). — L'abstention fautive en matière délictuelle, civile et pénale. Revue trimestrielle de Droit civil 1912. P. 604 et 5.

Becqué (E). — De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. Revue trimestrielle de Droit civil 1914. P. 251.

Boistel. — Note D. 1908-1-481.

Bonnet (E). — Responsabilité délictuelle et contrats. Revue critique de législation et de jurisprudence 1912. P. 418.

Bréton. — Notes. S. 1937-1-321. S. 1938-1-257. S. 1939-1-217.

Brisard. — Le risque opératoire. Annales de médecine légale 1930. P. 554.

Capitant (H). — Une conséquence imprévue du système de la jurisprudence sur la responsabilité du fait des choses inanimées. D.H. 1930. Chron. P. 61 et s.

— La responsabilité du fait des choses inanimées d'après l'arrêt du 13 février 1930. D.H. 1930. Chron. P. 29 et s.

Cuche (P). — La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique. D.H. 1932 Chron. P. 101 et s.

Dallant (R). — N., D.P. 1931-1-171.

Dayras. — Conclusions D.P. 1929.3.26.

Demogue (R). — Observations critiques à la Revue trimestrielle de droit civil.

Denisse (L). — N., D.P. 1912-2-73 & D.P. 1920-1-30.

Desbois (H). — N., D.P. 1936-2-9.

Donnedieu de Vabres. — N., D.P. 1934-2-113. Quelques considérations sur le droit d'intervenir chirurgicalement. Annales de médecine légale. 1934. P. 725.

Donnedieu de Vabres, Duvoir et Desoille. — La responsabilité médicale. Annales de médecine légale. 1931. P. 412.

Doublet. — N., D.P. 1937.3.2.

Dupin. — Conclusions S. 1835-1-401.

Esmein. — La cause étrangère et la théorie du risque dans la responsabilité civile. D.H. 1934. Chron. P. 35 et s.

— Trois Problèmes de Responsabilité Civile. Revue Trimestrielle de Droit Civil. 1934. N 2.

— Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle. Revue trimestrielle de Droit civil 1933. P. 627 et s.

— Notes au Sirey.

Falcimaigue. — Notes D. 1913-2-73 & D. 1927-1-93.

Falque. — La responsabilité du médecin après l'arrêt de la Cour de Cassation du 20 mai 1936. Revue critique de législation et de jurisprudence 1937. P. 609.

Garraud et Laborde - Lacoste. — Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement et à l'intervention chirurgicale. Revue Générale du Droit. 1926 P. 129 et s. & 193 et s.

Gény. — N., S. 1928-1-353.

Glasson. — N., D.P. 1891.2.50.

Heilbronner. — N., D.P. 1936-3-15. N., S. 1936-3-125.

Hugueney. — La responsabilité du fait des choses dans son application à la médecine. Annales de Médecine légale 1928. P. 119 et s. N., S. 1915-1-113 & S. 1928-1-5.

Jack (A). — Les conventions relatives à la personne physique. Revue critique de Législation et de Jurisprudence, 1933. P. 362 et s. & P. 393.

Josserand (L). — La personne humaine dans le commerce juridique. D.H. 1932 Chron. P. 1 et s.

— Un ordre juridique nouveau D.H. 1937. Chron. P. 41 et s.

— La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession D.H. 1939. Ch. P. 29.

— Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des

contrats. Revue trimestrielle de Droit civil. 1937. P. 1 et s.

— Notes au Recueil Dalloz.

Labbé. — Notes au Recueil Sirey.

— Revue critique de Législation et de Jurisprudence. 1886. P. 445.

Lalou (H). — Les ayants droit à l'indemnité à la suite d'accidents mortels. D.H. 1931. Chron. P. 21 et s.

— Contrats comportant pour l'une des parties l'obligation de rendre le contractant sain et sauf. D.H. 1931. Chron. 37 et s.

— Notes au Recueil Dalloz.

— La gamme des fautes. D.H. 1940. Chron. P. 17.

Lausac de Laborie. — N., D. 1897-1-233.

Legris. — N., S. 1896-2-521. & D. 1914-2-85.

Leloir. — N., D. 1932-2-118.

Loubat. — N., D. 1905-2-320. & D. 1910-2-121.

Loup (J). — N., D. 1931-2-141.

Lyon - Caen. — N., S. 1887-1-121. & S. 1905-1-209.

A.L. — N., D. 1902-2-33.

Marton. — Obligations de résultat et obligations de moyens. Revue trimestrielle de Droit civil 1935. P. 499 et s. & P. 544.

Matter. — Conclusions D.P. 1936-1-88.

Mazeaud. — L'assimilation de la faute lourde au dol. D.H. 1933. Chron. P. 49 et s.

— N., D.P. 1927-1-185.

— Comment limiter le nombre des actions intentées en réparation d'un préjudice moral à la suite d'un décès accidentel. D.H. 1932. Chron. P. 77.

— L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile. D.H. 1935. Chron. P. 5.

Mazeaud (H). — Essai de classification des obligations. Revue trimestrielle de Droit civil 1936. P. 1 et s.

— La faute dans la garde. Revue trimestrielle de Droit civil 1925. P. 793 et s.

Meriguhac. — N., D. 1907-2-41. & D.P. 1902-2-42 & D. 1902-2-45.

Montel (A). — Revue trimestrielle de Droit cviil. 1935. P. 966 et s.

Morcos (Soliman). — La responsabilité du fait des choses en Droit égyptien. Revue Al Quanoun Wal Iqutisad 1937. P. 313.

Morel. — N., S. 1940-1-73.

Naquet. — N., S. 1918-1-9.

Nast. — N., D. 1926-2-97. & D. 1932-2-5. & D.C. 1942.J.53.

Olivier et Piedelièvre. — A propos du droit de guérir. Annales de médecine légale. 1943. P. 40.

Perreau. — Des droits de la personnalité. Revue trimestrielle de Droit civil 1909. P. 502.

— Notes au Recueil Sirey.

Pilon. — Rapport D.P. 1931-1-38 & D. 1936-1-88.

Planiol. — Revue critique de Législation et de Jurisprudence 1888. P. 285. & 1906. P. 80.

— N., D. 1899-1-585.

Poittevin (Le). — N., D. 1895-1-177.

Ripert. — Notes au Recueil Dalloz.

— Droit du médecin de faire des expériences. Revue Critique de Législation et de Jurisprudence 1908.

Roger. — N., D. 1937.1.41.

Rouast. — N., S. 1914-1-169 & S. 1922-1-185, & D. 1930-1-33.

Saleilles. — N., D. 1897-1-43.

Savatier. — Notes au Recueil Dalloz. Revue critique de Législation et de Jurisprudence 1934. P. 409 et s. & P. 470.

— Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels. D.H. 1931. Chron. P. 9.

Vallery. — N., D. 1914-2-65.

Verdun. — Un cas intéressant de responsabilité chirurgicale. Annales de médecine légale 1937. P. 1088.

— Responsabilité des médecins du fait de leurs auxiliaires. Annales de médecine légale. 1934. P. 951.

خطأ وصواب

صفحة	سطر	خطأ	صواب	صفحة	سطر	خطأ	صواب
٢٢	١٧	أكثر	كثر	١٩٤	٤	قدره	قوره
٢٧	٩	القانونية	العقدية	٢٠٣	أخير	فواينيه	فوازينيه
٤٨	٢	المشرع	زائدة تحذف	٢٠٦	١٠	الأخطاء	الأخطار
٨٨	١٥ هامش	موضوعها	موضوعهما	٢٠٧	١٤	نفضلا	فضلا
٩٣	٧	يسعى	لايسعى	٢٠٨	١٥	تتوالفر	تتوافر
١٠٠	٥	إلى	إلى أن	٢١٥	٢ هامش ٤	أنه	أن
١٣٢	٢ هامش ٢	الملكية	الكلية	٢١٩	٢١	ثانية	ثابتة
١٣٤	١٨	Bely	Belgique	٢٢٦	١٠	خطو	خطر
١٤٢	٩	تحرك أن	أن تحرك	٢٣٠	٧	بشقاء	بشفاء
١٤٣	١٣	jurisel	Juris	٢٨٣	٩	عادى	مادى
			Classeur	٢٨٥	١٢	تبررها	لا تبررها
١٧١	٢٧	أيون	يكون	٣٢٢	٧	أنه	أنه إن
١٧١	٢٩	ما	أما	٣٦٣	٧،٦	رأينا	سنرى
١٧١	٣٠	هذا	فهذا	٣٦٥	٢ هامش ٣	رأينا	سنرى
١٧٦	٨	الخط	الخطأ	٤٢٥	٦	أن	إلا

